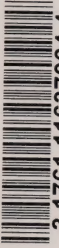


CA1  
3I81  
-N26



3 1761 11637064 4

**Canada. Immigration and Refugee Board**

**News Release**



Immigration and  
Refugee BoardLa Commission de l'immigration  
et du statut de réfugié

# NEWS RELEASE

March 3, 1995

For immediate release  
95-03

## REFUGEE STATUS DETERMINATION PROCESS TO BE STRENGTHENED

OTTAWA - Immigration and Refugee Board Chairperson Nurjehan Mawani today announced measures that strengthen the process of refugee determination in Canada and improve the Board's ability to identify Convention refugees, while retaining the essential values that lie at the core of the Board's mandate.

"We envision a refugee status inquiry that is fair, that provides a more efficient and effective examination of refugee claims, and that reinforces the integrity of the refugee determination process," Mrs. Mawani said. "For the past year we have consulted, studied and listened to the concerns of interested individuals and groups across the country. Today we are taking a significant step forward, one that I believe is in the best interests of all."

The Chairperson said that changes will be phased in, with implementation beginning immediately. The concept of the Refugee Division as a specialized board of inquiry applies to all aspects of refugee status determination, from the receipt of a claim through to the rendering of a decision by the Board's independent decision makers.

The Board's Refugee Division deals exclusively with claims to Convention refugee status. It is responsible for hearing refugee claims, and for determining refugee status fairly and expeditiously.

Heightened emphasis will be placed on information gathering. Refugee Claims Officers will be assigned to work in geographic teams with Refugee Division Members. In assisting Members, Refugee Claims Officers will be primarily responsible for research, information gathering and analysis related to individual claims. They will also assist in conducting more focused hearings, which will result from the early identification of issues.

In January last year, Mrs. Mawani announced a round of extensive consultations following a review of Refugee Division procedures conducted by Professor James Hathaway of Osgoode Hall Law School. "Today's announcement encompasses Professor Hathaway's review, our consultations and the measures announced yesterday by Citizenship and Immigration Minister Sergio Marchi," the Chairperson said.

"We must find better ways of working together," said Mrs. Mawani, "to sustain the unique, non-adversarial nature of our refugee determination process. This strengthened process places the onus on all of us, including the Department of Citizenship and Immigration and counsel representing refugee claimants, to work cooperatively to preserve the integrity of a determination process in which the Canadian public can have full confidence."

Contacts: David Austin (613) 943-0201  
Suzanne Mayhew (613) 992-7851

(disponible en français)

AWW 9476

## BACKGROUNDER

Since the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (IRB) began operations on January 1 1989, one of the tribunal's primary objectives has been continuous improvement. Division practices and procedures have been refined to continually improve the refugee status determination process.

In discharging its mandate, the Board's Refugee Division must not only determine whether someone has a well-founded claim in order to extend refugee status, but must conduct its proceedings in a fair manner and support the integrity of the refugee determination process.

Refugee status determination is not an exact science. Many experts in the field have commented on the expertise required for a specialized tribunal like the Board's Refugee Division. As Professor Hathaway of Osgoode Hall Law School noted:

"Refugee status determination is among the most difficult forms of adjudication, involving as it does fact-finding in regard to foreign conditions, cross-cultural and interpreted examination of witnesses, ever-present evidentiary voids, and a duty to prognosticate potential risks rather than simply to declare the more plausible account of past events."

The Federal Court that reviews tribunal decisions has commented on the specialized expertise of the Refugee Division. Justice J. D. Richard of the Federal Court of Appeal, in a November 1994 decision, noted:

"...it is my view that the Refugee Division is a specialized tribunal...and as such should be accorded considerable or significant curial deference with respect to decisions made squarely within the scope of its jurisdiction and special expertise."

A legislative change in 1992 brought about the elimination of an initial refugee hearing, among other changes, and a bill currently before Parliament (C-44) would bring about further refinements to the status determination process.

Since it began operations, the IRB has consulted extensively. Those involved in refugee status determination, such as members of the bar, non-governmental organizations and the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), have been kept regularly informed of developments, and the Board has regularly sought the input of involved parties. A consultative committee on Refugee Division practices and procedures was established early last year as a means for the Division to regularly liaise with involved groups.



In 1994, the Board embarked on an initiative co-sponsored by the Canadian Council for Refugees (CCR) to reach grass-roots practitioners and refugee support groups in major Canadian centres. During late September and early October, a series of CCR-IRB Regional Consultative Forums took place in Vancouver, Calgary, Winnipeg, Toronto, Montreal, and St. John's. The Board has established several mechanisms to consult with its just over 200 Members and more than 800 employees located at regional and district offices across the country.

In September 1993, media reports, particularly in Montreal, reflected concerns expressed by a few members of the bar about some information-gathering and dissemination activities in the Board's Refugee Division. The Chairperson of the Board commissioned a review of Refugee Division practices, particularly of those that had raised concern. This review occurred at an opportune time, as the shrinking resource base of public-sector agencies dictated a search for new and creative means to fulfil the Refugee Division's mandate, while ensuring fairness and the integrity of the refugee status determination process. Professor James Hathaway conducted the review and he submitted a report to the Board Chairperson in January 1994. Professor Hathaway presented for Board consideration a suggested approach for a refugee status inquiry with recommendations on various elements of the process.

On the day the Board released the Hathaway Report it simultaneously issued an Action Plan and also announced the implementation of Regional Hearings Committees to oversee Refugee Division hearing rooms.

In June, a green paper was released to provide a framework for internal and external consultation concerning potential refinements to the refugee status determination process. The ensuing rounds of consultations, detailed analysis of the recommendations of Professor Hathaway and six years of experience in processing more than 150,000 refugee claims have brought about today's enhancements. The announcement also incorporates the changes announced on March 2, 1995 by Citizenship and Immigration Minister Sergio Marchi.

The concept of an inquiry covers all refugee status determination elements, from the referral of a claim to the tribunal to the rendering of a decision by the Board's independent decision makers. Enhancements will be phased in, with some effective immediately, others to be introduced during the coming months, and some awaiting legislative approval.

March 3, 1995

## HIGHLIGHTS

Non-adversarial

Reinforces the integrity of the refugee determination process

More efficient

Enhances information gathering

Provides claimant and counsel with the opportunity to comment on research methodology for claimant specific research where the safety of a claimant or associates may be at risk

Assures full and timely disclosure of information to the claimant and to counsel

An advisory council on Member appointments and reappointments assures proactive, expert and qualified panels

Enhances training of Members to provide panels with sound, detailed knowledge of country conditions and of legal and procedural issues

Priority scheduling of cases where criminality is an issue

Augmented challenge to claims where credibility is a factor

Enhanced information gathering from international sources, from Citizenship and Immigration Canada (CIC) overseas posts, and from domestic agencies such as the Royal Canadian Mounted Police

Greater participation by Citizenship and Immigration Canada officials when systematic fraud is suspected

Increased accountability of all participants during an inquiry


Simpler, more informal hearings

Greater coordination of investigation and examination of claims through

- more pre-hearing consultations
- expanded use of specialized geographic teams of Members and employees
- more focused assistance of officers in fact gathering and acting as Board counsel

Reflects the upcoming legislative change to one- and three-Member panels

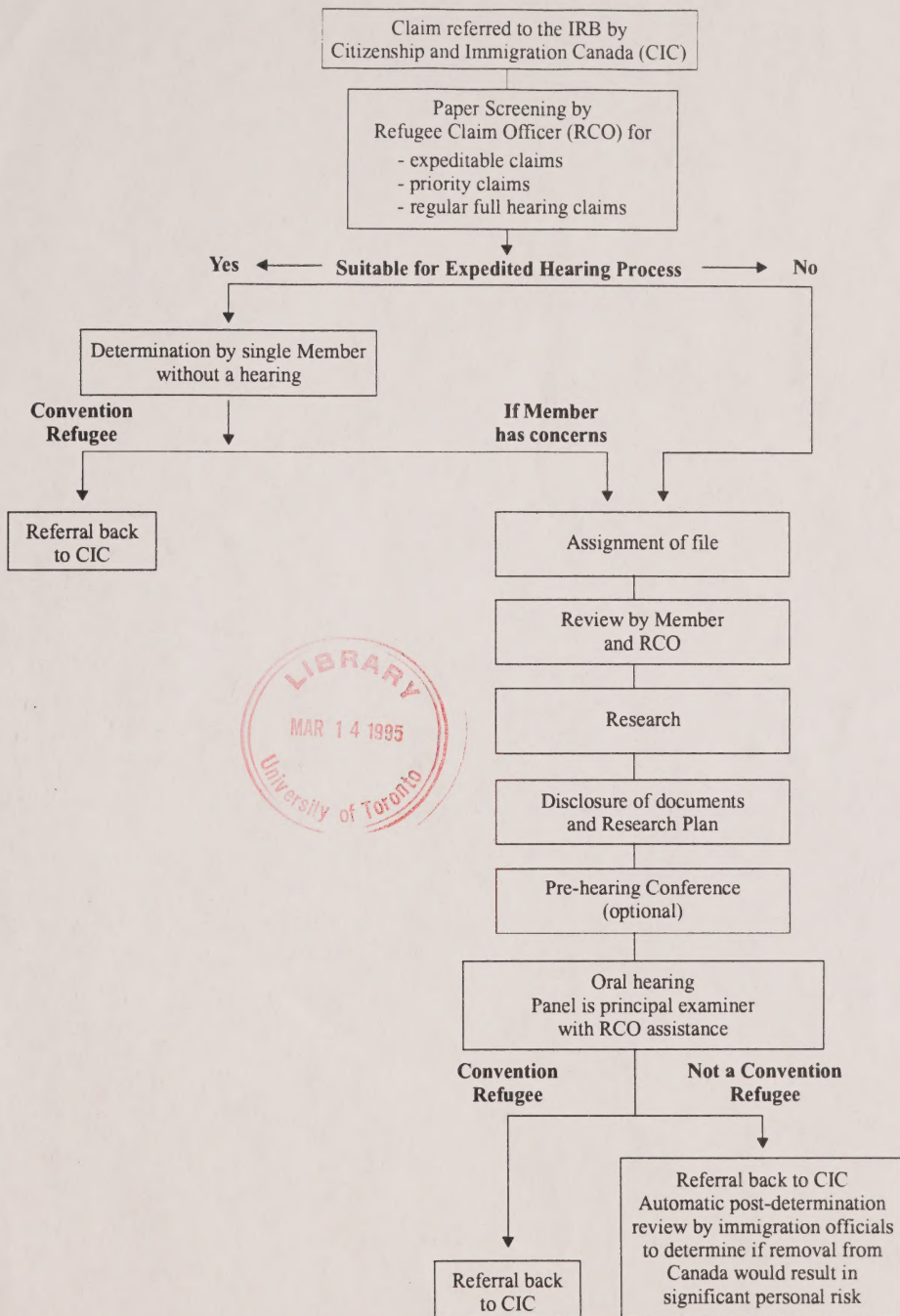




Digitized by the Internet Archive  
in 2023 with funding from  
University of Toronto

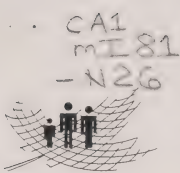
<https://archive.org/details/31761116370644>

# Refugee Status Determination Process (enhanced)



At any time during the process, a person can apply to the Minister for an exemption from a regulation or for admission to Canada due to the existence of compassionate or humanitarian considerations





Immigration and  
Refugee Board

La Commission de l'immigration  
et du statut de réfugié

Government  
Publication

# NEWS RELEASE

March 2, 1995

FOR IMMEDIATE RELEASE

95-02

OTTAWA — Immigration and Refugee Board Chairperson Nurjehan Mawani today announced the appointments, by the Governor in Council, of John Frecker to the position of Deputy Chairperson of the Board's Convention Refugee Determination Division, and of Jean-Guy Fleury as the Board's Executive Director.

"Both Mr. Frecker and Mr. Fleury will bring extensive expertise to the Board," said Mrs. Mawani. "Such experience is crucial to the effective administration of an organization like ours, the largest quasi-judicial tribunal in Canada." Mrs. Mawani also noted the timeliness of filling these key positions. "The Board is going through a period of organizational renewal," she said. "This process will be greatly facilitated by the leadership qualities of these individuals."

Minister of Citizenship and Immigration Sergio Marchi said that "these appointments reinforce the Government's commitment to enhance the quality of the Board's independent decision making, and the administration of its processes. It is essential that the best people are named to the Board if it is to effectively carry out its mandate as a specialized tribunal."

Mr. Frecker will head the Board's Refugee Division, which deals exclusively with claims to Convention refugee status. It is responsible for hearing refugee claims, and for determining refugee status fairly and expeditiously. "Refugee status determination has been recognized as one of the most difficult forms of adjudication," says Mrs. Mawani. "Mr. Frecker has contributed greatly to the area of administrative law, and I look forward to working with him as the Refugee Division continues to mature as an international model in refugee determination."

The Executive Director is responsible for the operations and administration of all three Divisions. Board components reporting to the Executive Director, at the national, regional and district levels, provide statistical analysis, program resourcing, coordination and monitoring, and staff training. "Mr. Fleury has years of professional experience as an administrator in the federal public service, and I know that we will benefit greatly from the skills and knowledge that he brings to the Board," said Mrs. Mawani.

Biographical notes on the new Deputy Chairperson and Executive Director are attached.

- 30 -

For more information contact:  
David Austin  
(613) 943-0201  
(disponible en français)



John Frecker  
Deputy Chairperson  
Convention Refugee Determination Division  
Immigration and Refugee Board

John Frecker, a legal-policy consultant, was a Commissioner of the Law Reform Commission of Canada for seven years until 1992. At the Commission, he supervised research in administrative law which included serving as principal author of a study on Canada's refugee status determination process. Prior to 1985, Mr. Frecker was a partner in a general civil practice law firm in St. John's where he practised taxation, commercial and corporate law. He has a B.A. from Memorial University, a M.A. from the University of British Columbia and a LL.B. from Queen's University. Mr Frecker has written articles, reports and law digests, has made several presentations on administrative law matters and has held offices with the Canadian Bar Association and the International Association of Penal Law .

Jean-Guy Fleury  
Executive Director  
Immigration and Refugee Board

Jean-Guy Fleury, a Deputy Secretary at Treasury Board since 1992, has extensive experience as an administrator with several federal government departments. He joined the federal public service in 1965. Mr Fleury held progressively more senior posts with Revenue Canada, the Department of Indian and Northern Affairs, the House of Commons and the Public Service Commission before moving to the Treasury Board in January 1991. He has a Bachelor of Commerce degree from the University of Ottawa. Mr. Fleury has served on the Board of Directors of a major hospital and has taught Industrial Relations at the University of Ottawa on a part-time basis.

## **BACKGROUND**

### **INTERNATIONAL MIGRATION TRENDS**

It is estimated that some 125 million people are on the move internationally, seeking better opportunities. Most are economic migrants. Out of that number some 23 million are refugees under the mandate of the UNHCR.

In the last ten years, the number of asylum claimants has increased dramatically and has affected all of Western Europe and North America. The volume of the flow far exceeded the capacity of the refugee status determination systems in the receiving countries. (The attached 2 tables illustrate the evolution of the situation between 1983 and 1994).

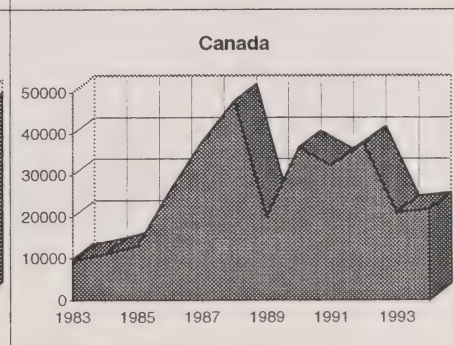
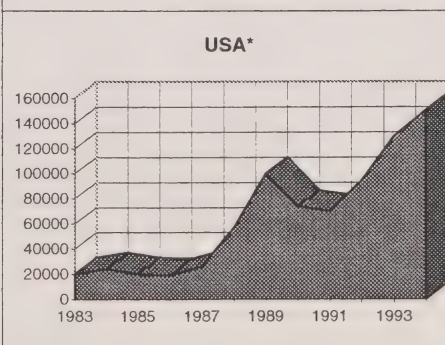
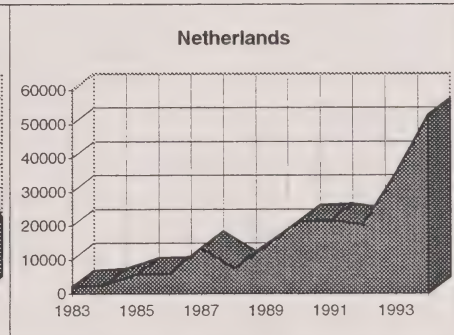
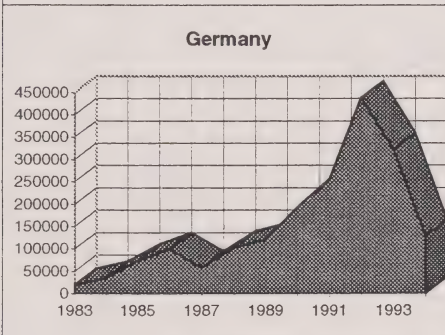
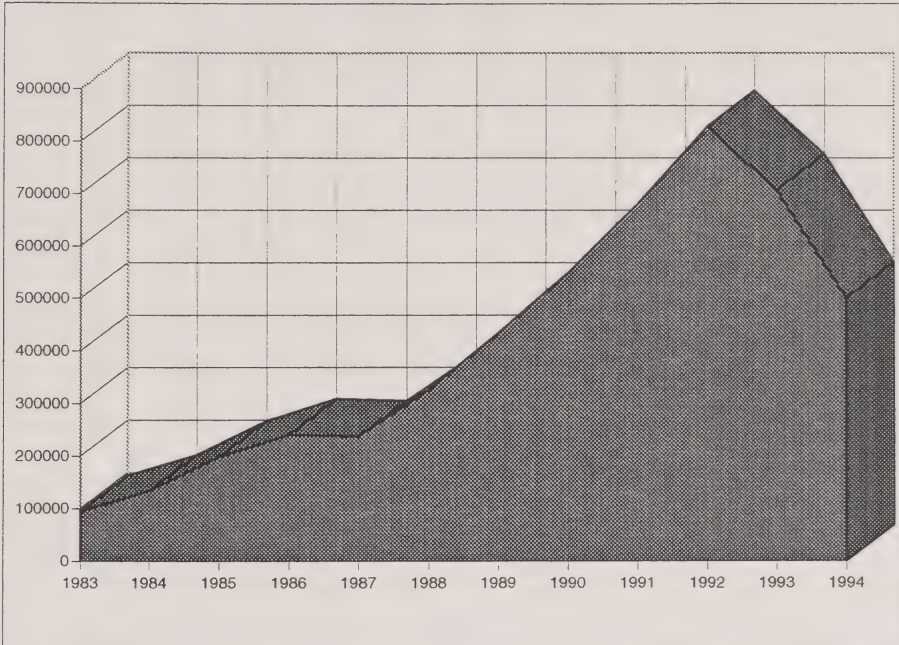
Germany alone received more refugee claims in 1992 (almost 450,000) than all other OECD countries combined. The situation prompted a new refugee law, implemented on July 1, 1993, which limited access to German asylum procedures by designating safe "third countries" and safe "countries of origin".

Most countries adopted measures to control the flow of asylum claimants: stricter visa policies, expedited refugee determination procedures, exclusion from work permits or from social benefits, responsibility-sharing agreements.

As a result there has been a significant downturn in the number of asylum claimants since 1992, with the notable exception of the Netherlands and the USA; in the case of the USA, there has been 140,000 asylum claims in 1994, and the accumulated backlog has exceeded 400,000. The most dramatic decrease has taken place in Germany where some 140,000 asylum claims were submitted (down from some 450,000 in 1992).

Canada has received some 320,000 asylum claims since 1981. In 1994, 22,163 asylum claims were made. This reflects a slightly upward trend over 1993, and projections for 1995 confirm this direction. One third of claimants enter Canada via the USA, and 50% enter either from the USA or Europe. This makes Canada vulnerable to shifts in policy which may deflect flows from other countries to our borders.

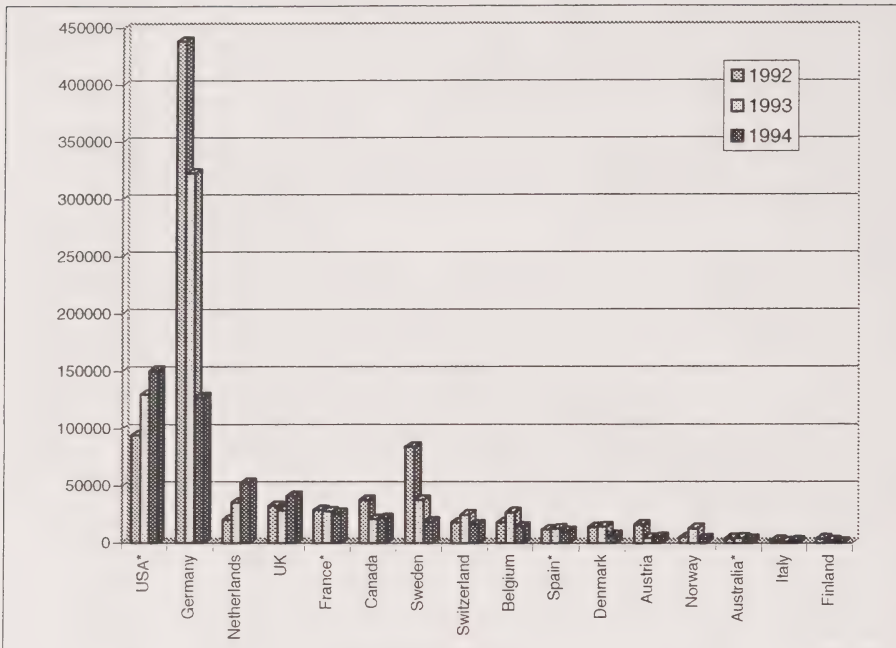
# Aggregate Claims in OECD Countries 1983-1994



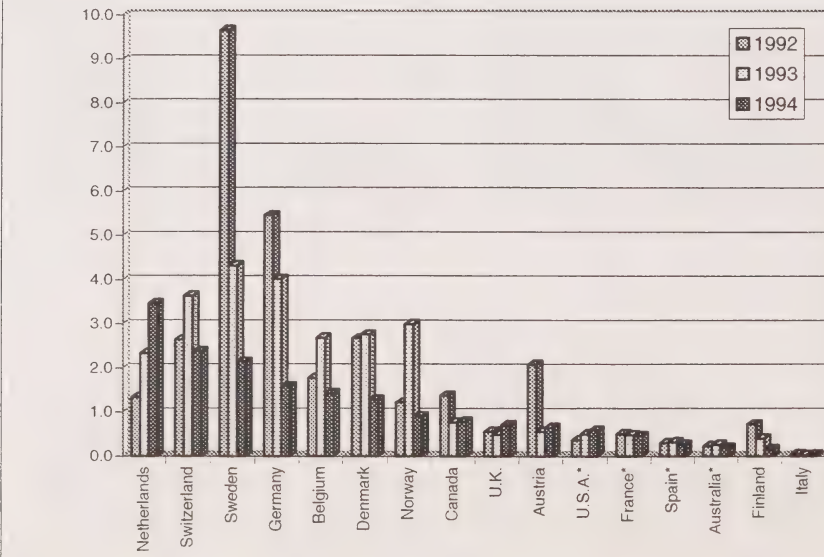
\* Data for the USA does not include dependants.

# Comparative Claims in OECD Countries 1992-1994

(ranked by 1994 figures)



## Claims per 1000 Residents



\* Data for Australia, France, Spain and USA do not include dependants.

## BACKGROUND

### RESPONSIBILITY-SHARING AGREEMENTS

In its November 1994 strategy for citizenship and immigration, the Government reaffirmed its plan to conclude responsibility-sharing agreements with other nations committed to protecting people fleeing persecution. Such agreements will allow Canada to focus its resources better on persons who may need this country's protection.

In *The State of the World's Refugees (1993)*, the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) noted the legitimate role of the first asylum principle in supporting the credibility and sustainability of the asylum institution:

The designation of safe countries of asylum is intended to prevent people from submitting asylum applications in several countries simultaneously or moving from one country where they have been granted refuge to another which they happen to prefer. Although people have a right to seek asylum, they do not have the right to pick and choose where they do so. It is not the prerogative of asylum seekers to decide how the burdens of providing refuge will be shared. Refugees are supposed to apply for asylum in the first safe country they reach. (...) It is [however] essential that arrangements of this nature are surrounded with the appropriate safeguards.

#### **International Agreements: spelling out safeguards**

The 1992 legislative amendments facilitate the designation of safe asylum countries by providing for the required safeguards through responsibility-sharing agreements. These agreements specify which of the countries involved will examine a given refugee claim. International consensus is growing around such agreements as the preferred way to ensure that states, while placing a legitimate limit on access to their refugee status determination system, still guarantee access in one country. With this safeguard, responsibility-sharing agreements avoid exposing refugee claimants to the risk of being returned to their country of origin without having their stated need for protection fully considered under due process.

As part of its efforts to foster a positive and cooperative approach to international migration, Canada has promoted in various forums both the usefulness of responsibility-sharing and the need for safeguards. These issues were addressed at the 1993 session of the UNHCR's Executive Committee and the 1994 UN Conference on Population and Development in Cairo.

Canada has sought responsibility-sharing agreements with a number of countries. On 24 February 1995, a Canada-United States Accord on the shared border committed the two Governments to "the pursuit of an agreement on sharing responsibility for asylum seekers".

## BACKGROUND

### CANADA'S REFUGEE RESETTLEMENT PROGRAM

#### THE PAST

Canada fulfils its international obligation to protect refugees within its territory as a signatory to the *1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* and its *1967 Protocol*.

Canada's program for resettling refugees from abroad does **not** extend from international obligation but rather from our **humanitarian tradition**. We began to select refugees from outside Canada in the aftermath of the Second World War. Since then, Canadians have welcomed more than 650,000 refugees.

Canada has responded generously to many people fleeing repression and conflict, notably Hungarians in 1957, Ugandans in 1972 and Indochinese starting in 1979 and extending for several years.

#### THE PRESENT

In 1994, just over **7,300 government-assisted** refugees arrived in Canada. In addition, approximately **2,500** were **privately sponsored** (i.e. by organizations and groups of Canadians) for a total of around **9,800** persons.

For 1995, Canada's refugee plan forecasts the arrival of **7,300 government-assisted** refugees and between **2,700 and 3,700 privately sponsored** refugees for a total of between **10,000 and 11,000** persons.

#### THE FUTURE

According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), the number of refugees and displaced persons in the world totals 23 million and can be expected to increase. Nevertheless, resettlement in a third country is seen as a feasible and lasting solution for only a small percentage (less than 1%).

Canada remains committed to resettlement as an instrument of protection and also as part of our contribution to international burden-sharing. The government is actively engaged in a process of reinvigorating our partnership with non-governmental organizations (NGOs) to ensure an effective private sponsorship program.

## **BACKGROUND**

### **RESOURCE SAVINGS AND OVERSEAS REFUGEE RESETTLEMENT PROGRAM**

"Into the 21st Century: A Strategy for Immigration and Citizenship" outlined the Government's commitments regarding new directions for Canada's refugee program.

As a signatory to the 1951 United Nations' Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol, Canada has legal and moral obligations to protect refugees on Canadian territory. Our overseas resettlement program is based on a long tradition of humanitarian immigration - providing for the resettlement of Convention Refugees and persons in refugee-like situations (i.e. members of designated classes).

In the Strategy document, the Government acknowledged that Canada's response to the needs of refugees is limited by affordability and international legal obligations to process refugee claims within our borders. Canada's ability to meet its humanitarian objectives will be affected by the amount of funds needed to meet the costs of the in-Canada refugee determination system.

Savings that result from changes to the Immigration and Refugee Board system will be allocated to the overseas refugee resettlement program. This re-allocation of resources is expected to be realized gradually and will be initially reflected in the 1996 annual refugee plan. For example, these funds could be used to select larger numbers of refugees, or they could be devoted to particularly vulnerable refugees who are in need of greater integration assistance, such as refugees identified as Women at Risk.

## **BACKGROUND**

### **REFUGEE STATUS DETERMINATION SYSTEM**

As a signatory to the 1951 Geneva Convention and its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, Canada has an international obligation to ensure that Convention refugees on Canadian territory receive the protection and benefits to which they are entitled. As part of the protection obligation, Canada must adhere to the "non-refoulement" provision which prohibits the return of a refugee to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

While the Convention does not explicitly require a signatory country to have a refugee determination system, the United Nations Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, which is not binding, offers guidelines regarding this issue. Most industrialized countries, in response to its protection and "non-refoulement" obligations, have a determination system which vary according to their particular legal system. Canada established, in 1978, an administrative refugee status determination process. In 1989, the Immigration and Refugee Board (IRB) was created.

The IRB is a quasi-judicial tribunal, which is independent from the Minister and the Department of Citizenship and Immigration. It has sole jurisdiction for determining refugee status in Canada. For each case, compliance with the Geneva Convention definition is assessed on the basis of the individual's personal experience and reasons for fearing persecution, as well as any information considered credible by the Board. Those who are found to be Convention refugees by the IRB may apply for permanent residence in Canada. (This does not stem from our international obligations under the Geneva Convention).

## **BACKGROUND**

### **THE OPERATION OF THE ADVISORY COMMITTEE**

The Advisory Committee will be composed of a Chairperson, one representative from the legal community, one chosen from non-governmental organizations involved in refugee matters, one member of the general public and the Chairperson of the IRB. The Deputy Chairpersons of the IRB are ex officio members of the Committee. The Committee cannot be chaired by a member of the IRB.

The IRB will advertise for applicants who are interested in employment with the IRB in the Canada Gazette. Other candidates who come to the attention of the government may be referred to the Advisory Committee. All applications will be received by the IRB, in their role as Secretariat to the Advisory Committee, and sent to the Committee. Applicants recommended by the Advisory Committee will form an inventory of suitable candidates, to be drawn from as vacancies arise. Once a recommendation has been made by the Advisory Committee, it will be valid for two years.

The Advisory Committee will submit the applications to a selection process, based on criteria to be provided by the Minister. That process and the decision to interview candidates is left to the Advisory Committee to determine.

All proceedings of the Advisory Committee will be of a confidential nature and solely for the use of the Minister. This is vital to the integrity of the system and the independence of the Advisory Committee members. Few people would want to serve on a Committee such as this if the confidentiality of their deliberations and recommendations was not respected. As well, few people would want to submit their application to a process that is not confidential.

The Advisory Committee will assess the applicants in accordance with uniform criteria reflecting the preferred personal and professional qualifications, the desired awareness of immigration and refugee matters, the required linguistic proficiency and the working abilities needed to conduct oral hearings and write decisions. The Advisory Committee will also be mindful of the desirability of reflecting gender balance and the diversity of Canadian society in the composition of the appointments. A statement of qualifications will be defined by the Minister in consultation with the Chair of the IRB. Once finalized, the statement of qualifications will be made public.

Prior to a call to applicants being published in the Canada Gazette, the Minister would receive from the Chair of the IRB a statement of the requirements of the Board. The Chair would provide the Minister with an indication of which members whose terms are expiring: do not wish to be re-appointed; are not recommended for re-appointment; and are recommended by the Chair for re-appointment based on performance evaluations. The Minister is committed to recommend to the Governor in Council, only those candidates for appointment or re-appointment who have been recommended by the Advisory Committee.





La Commission de l'immigration  
et du statut de réfugié

Immigration and  
Refugee Board

CAI  
MISI  
-NAG

# COMMUNIQUÉ

Le 3 mars 1995



Pour publication immédiate  
95-03

## LE PROCESSUS DE DÉTERMINATION DU STATUT DE RÉFUGIÉ SERA RENFORCÉ

OTTAWA - La présidente de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Nurjehan Mawani, a annoncé aujourd'hui des mesures qui renforceront le processus de détermination du statut de réfugié au Canada et qui aideront la Commission à mieux identifier les réfugiés au sens de la Convention tout en conservant les valeurs importantes qui sont au coeur de son mandat.

«Nous voulons un processus de détermination du statut de réfugié équitable qui permette d'examiner les revendications avec une efficience et une efficacité accrues et qui renforce l'intégrité du processus,» a indiqué M<sup>me</sup> Mawani. Au cours de la dernière année, nous avons consulté des personnes et des groupes d'intérêt de partout au pays, nous avons écouté ce qu'ils avaient à nous dire et avons examiné leurs préoccupations. Aujourd'hui, nous franchissons une étape importante, qui est selon moi dans l'intérêt de tous.»

La présidente a indiqué que la mise en oeuvre des changements se fera progressivement et que certains d'entre eux entrent en vigueur dès maintenant. Le concept selon lequel la Section du statut est une commission d'enquête spécialisée s'applique à tous les aspects de la détermination du statut de réfugié, depuis le moment où la revendication est déférée à la Commission jusqu'à celui où les décideurs indépendants rendent leur décision.

La Section du statut s'occupe exclusivement des revendications du statut de réfugié. Elle entend les revendications et les examine avec équité et célérité en vue de la détermination du statut de réfugié.

Une importance accrue sera accordée à la collecte d'information. Les agents chargés des revendications feront partie d'équipes géographiques avec les commissaires de la Section du statut. Dans le cadre de leurs fonctions d'assistance aux commissaires, les agents chargés des revendications seront surtout chargés de la recherche, de la collecte d'information et de l'analyse concernant les revendications. Ils aideront également à cerner les principales questions assez tôt dans le processus pour permettre de tenir des audiences plus efficaces.

En janvier 1994, M<sup>me</sup> Mawani a annoncé qu'une série de vastes consultations ferait suite à l'examen des procédures de la Section du statut de réfugié par le professeur James Hathaway de Osgoode Hall Law School. «L'annonce faite aujourd'hui englobe l'examen du P<sup>r</sup> Hathaway, nos consultations ainsi que les mesures annoncées hier par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration Sergio Marchi,» a indiqué la présidente.

«Nous devons trouver de meilleures façons de travailler ensemble,» a ajouté M<sup>me</sup> Mawani, «afin de préserver le caractère unique et non contradictoire de notre processus de détermination du statut de réfugié, ce qui obligera la Commission, de même que le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration et les conseils qui représentent les demandeurs, à travailler en collaboration afin de préserver l'intégrité du processus de détermination auquel le public canadien peut faire entièrement confiance.»

Personnes-ressources :       David Austin (613) 943-0201  
                                      Suzanne Mayhew (613) 992-7851

(Available in English)

## DOCUMENT D'INFORMATION

Depuis sa création, le 1<sup>er</sup> janvier 1989, la Section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) s'est toujours employée à s'améliorer. Elle a modifié ses pratiques et ses procédures en vue d'améliorer constamment le processus de détermination du statut de réfugié.

Suivant son mandat, la SSR ne doit pas seulement déterminer si la revendication est fondée avant d'accorder le statut de réfugié, mais elle doit aussi tenir les audiences de façon équitable et assurer l'intégrité du processus de détermination du statut de réfugié.

La détermination du statut de réfugié n'est pas une science exacte. De nombreux spécialistes dans le domaine ont fait des observations sur l'expertise que doit posséder un tribunal spécialisé tel que la Section du statut de réfugié de la CISR. Comme le professeur Hathaway de Osgoode Hall Law School l'a fait remarquer :

«La détermination du statut de réfugié est l'un des mécanismes décisionnels les plus complexes, car le décideur doit recueillir des faits concernant les conditions existant dans des pays étrangers, interroger, par l'intermédiaire d'un interprète, des témoins possédant un bagage culturel différent, composer avec une preuve toujours incomplète et, enfin, non pas simplement retenir la version la plus plausible d'événements passés, mais plutôt prédire des risques potentiels.»

La Cour fédérale, qui examine les décisions du tribunal, a formulé des observations sur l'expertise spécialisée de la Section du statut de réfugié. Dans une décision rendue en novembre 1994, le juge J. D. Richard de la Cour d'appel fédérale a indiqué ce qui suit :

«... je suis d'avis que la section du statut est un tribunal spécialisé (...) et que, par conséquent, il faudrait faire preuve d'une grande «retenue» judiciaire à l'égard des décisions qui relèvent directement de son champ de compétence et d'expertise.»

Une modification législative apportée en 1992 a entraîné, entre autres, l'élimination de l'étape de l'instruction préliminaire. De plus, un projet de loi qui est actuellement devant le Parlement (C-44) devrait donner lieu à d'autres modifications du processus de détermination du statut de réfugié.

Depuis sa création, la CISR a mené de nombreuses consultations. Les intervenants dans le processus de détermination du statut de réfugié, comme les membres du barreau, les organismes non gouvernementaux et le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR), ont régulièrement été tenus au courant des faits nouveaux, et la CISR a fréquemment demandé l'avis des parties concernées. On a mis sur pied l'an dernier un comité consultatif sur les pratiques et les procédures de la Section du statut de réfugié pour que celle-ci communique régulièrement avec les groupes concernés.



En 1994, la CISR a participé à un projet réalisé conjointement avec le Conseil canadien pour les réfugiés (CCR) pour rejoindre les intervenants locaux et les groupes d'appui aux réfugiés dans les grands centres au Canada. À la fin septembre et au début octobre, le CCR et la CISR ont tenu une série de Forums régionaux de consultation à Vancouver, Calgary, Winnipeg, Toronto, Montréal et St. John's. La Commission a établi plusieurs mécanismes pour consulter ses quelque 200 commissaires et 800 employés répartis dans les différents bureaux régionaux et de district au Canada.

En septembre 1993, les médias, notamment à Montréal, ont fait état des réserves formulées par quelques membres du barreau au sujet de certaines activités de collecte et de diffusion de l'information à la Section du statut de réfugié. La présidente de la Commission a alors commandé un examen des pratiques de la Section du statut de réfugié, notamment celles qui avaient fait l'objet de réserves. Cet examen a eu lieu à un moment opportun puisqu'il faut, étant donné les ressources sans cesse réduites des organismes gouvernementaux, trouver des moyens innovateurs de remplir le mandat de la Section du statut de réfugié tout en assurant le caractère équitable et intègre du processus. Le professeur James Hathaway a effectué l'examen et a présenté son rapport à la présidente de la CISR en janvier 1994. Il a suggéré un processus d'examen des revendications et formulé des recommandations sur divers éléments de celui-ci.

Le jour où la Commission a publié le rapport Hathaway, elle a rendu public un plan d'action et annoncé la mise sur pied de Comités régionaux sur les audiences ayant pour mandat de superviser le déroulement des audiences de la Section du statut de réfugié.

En juin, on a publié un livre vert qui présentait un cadre en vue de consultations internes et externes sur les améliorations pouvant être apportées au processus de détermination du statut de réfugié. Les améliorations qui sont annoncées aujourd'hui font suite aux séries de consultations qui ont été menées, à l'analyse détaillée des recommandations du P<sup>r</sup> Hathaway et à l'expérience acquise depuis six ans suite au traitement de plus de 150 000 revendications du statut de réfugié. L'annonce englobe également les changements annoncés le 2 mars 1995 par M. Sergio Marchi, ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

L'examen des revendications du statut de réfugié englobe tous les éléments de la détermination du statut de réfugié, du renvoi de la revendication jusqu'à la prise d'une décision par les décideurs indépendants de la Commission. La mise en oeuvre des améliorations se fera par étapes. En effet, certaines d'entre elles entrent en vigueur dès maintenant, d'autres au cours des prochains mois et quelques-unes doivent être approuvées par voie de mesures législatives.

3 mars 1995

## POINTS SAILLANTS

Publication

Non contradictoire

Renforce l'intégrité du processus de détermination du statut de réfugié

Plus efficace

Amélioration des méthodes de collecte d'information

Permet au demandeur et au conseil de faire des observations sur la méthode de recherche utilisée pour recueillir des renseignements sur le demandeur dans les cas où la sécurité de celui-ci ou de ses proches pourrait être menacée

Assure la communication complète en temps opportun de l'information au demandeur et à son conseil

La mise sur pied d'un conseil consultatif sur les nominations et le renouvellement des mandats permettra de constituer des tribunaux composés de commissaires compétents, spécialisés et proactifs

Formation améliorée des commissaires de façon à ce que le tribunal ait une connaissance approfondie de la situation dans les pays d'origine et des questions de droit et de procédure

Mise au rôle en priorité des cas de criminalité

Analyse plus minutieuse des revendications dans les cas où la crédibilité du demandeur est en cause

Augmentation de la collecte d'information auprès d'organismes internationaux, des bureaux de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) à l'étranger et d'organismes canadiens comme la Gendarmerie royale du Canada

Participation accrue des agents de Citoyenneté et Immigration Canada dans les cas où l'on soupçonne un recours systématique à la fraude

Responsabilisation accrue de tous les participants pendant l'examen des revendications

Audiences plus simples et plus informelles

Meilleure coordination de l'enquête et de l'examen portant sur les revendications du statut de réfugié grâce

- à des consultations préparatoires plus nombreuses
- au recours accru aux équipes géographiques spécialisées formées de commissaires et d'employés de la Commission
- à une aide plus coordonnée des agents chargés de recueillir l'information et de conseiller la Commission

Reflète les prochaines modifications législatives concernant les tribunaux composés d'un commissaire ou de trois commissaires.



# NEWS RELEASE

FOR IMMEDIATE RELEASE

98-01

OTTAWA, March 12, 1998 – Nurjehan Mawani, Chairperson of the Immigration and Refugee Board (IRB), today issued the *Guidelines on Detention*.

Adjudicators make more than 9,000 detention decisions a year. Currently, they have the authority, pursuant to the *Immigration Act*, to order the detention or continued detention of a person. Adjudicators may also order that a person be released from detention and impose terms and conditions for release as they deem appropriate.

The Guidelines issued today by the Chairperson deal with the following topics: long-term detention, the notion of "danger to the public", alternatives to detention, and evidence and procedure. The Guidelines will help ensure that the decision-making process for detention reviews is more transparent. They will assist detained persons, their counsel and the public in gaining a better understanding of the Adjudication Division's procedures.

"We at the IRB realize that the decisions we make must balance the need to protect the health, safety and good order of Canadian society against the principle that detention is an exceptional restraining measure," said Mrs. Mawani. "I am issuing Guidelines today to help adjudicators across the country render high-quality decisions on detention issues simply, quickly and fairly," she added.

These are the fourth set of Guidelines to be issued by the Chairperson. The *Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution* were issued in 1993 and updated in November 1996. The *Guidelines on Civilian Non-Combatants Fearing Persecution in Civil War Situations* were issued in March 1996 and the *Guidelines on Child Refugee Claimants*, in August 1996.

– 30 –

Information: Michel Meunier, Director, Adjudication Operations, (514) 496-2845  
John Cotreau, Public Affairs Officer, (613) 947-0803

IRB Internet site: [www.irb.gc.ca](http://www.irb.gc.ca)





## *Guidelines on Detention*

### **Backgrounder**

On March 12, 1998, the Chairperson of the Immigration and Refugee Board (IRB) issued the *Guidelines on Detention*.

#### **What is an adjudicator?**

Adjudicators are independent decision makers who conduct immigration inquiries and detention reviews when requested to do so by the Department of Citizenship and Immigration (CIC) for people believed to be inadmissible or removable from Canada. Adjudicators are public servants under the *Public Service Employment Act*.

Under the *Immigration Act*, adjudicators can order a person detained if they think the person poses a danger to the public, or that the person is not likely to appear for an examination, inquiry or removal from Canada. Detention reviews are held by an adjudicator 48 hours after the initial detention of a person by CIC, at least once during the next 7 days, and at least once during every subsequent 30-day period.

At detention reviews, adjudicators can order the detention or continued detention of a person. They can also order a person released from detention, and set the terms and conditions of release, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond.

In making decisions, adjudicators must balance the need to protect the health, safety and good order of Canadian society against the principle that detention is an exceptional restraining measure in our society.

#### **The Adjudication Division**

The IRB has three divisions: the Convention Refugee Determination Division, the Immigration Appeal Division, and the Adjudication Division. There are 38 adjudicators in the Adjudication Division.

In 1996-97, the Adjudication Division concluded 6,754 immigration inquiries and 9,356 detention reviews for a total of 16,110 decisions. Decisions made by adjudicators can be reviewed with leave by the Federal Court, which set aside only 0.05% of all decisions made by adjudicators in 1996-97.

## **The Chairperson's Guidelines**

In 1993, Parliament granted the Chairperson the legislative authority to issue Guidelines to assist decision makers in carrying out their duties under the *Immigration Act*. The purpose of Guidelines is to promote consistency, coherence and fairness in the treatment of cases at the Board.

While not binding on decision makers, Guidelines present a recommended approach in examining complex issues of national importance, dealing with emerging issues, or resolving an ambiguity in the law. Guidelines reflect case law and are developed after extensive internal and external consultation.

**GUIDELINES  
ISSUED BY THE CHAIRPERSON  
PURSUANT TO SECTION 65(4)  
OF  
THE *IMMIGRATION ACT***

## **Guidelines on Detention**



**Immigration and Refugee Board  
Ottawa, Canada**

**Effective date: March 12, 1998**

## GUIDELINE 4

Guidelines on Detention

---

Canadian law<sup>1</sup> regards preventive detention as an exceptional measure. This general principle emerges from statute and case law, and is enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>2</sup> (hereinafter referred to as the Charter). International law,<sup>3</sup> as reflected in the *International Covenant on Civil and Political Rights* and the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, respects the same principle.

**In the immigration field, Parliament has established two main grounds that justify detention:**<sup>4</sup>

- 1. The person is likely to pose a danger to the public.**
- 2. The person is not likely to appear for an examination, an inquiry or removal.**

Adjudicators have the power to order the detention or continued detention of a person. They may also order that a person be released from detention, subject to such terms and conditions as they deem appropriate, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond.<sup>5</sup>

These Guidelines deal with the following topics which are intended to help adjudicators achieve greater consistency in exercising their jurisdiction and, thereby, ensure greater fairness:

- (a) long-term detention;**
- (b) the notion of “danger to the public”;**
- (c) alternatives to detention; and**
- (d) evidence and procedure.**

## A. LONG-TERM DETENTION

---

In immigration matters, a person may be detained for an examination, an inquiry or removal.<sup>6</sup> Consequently, custody is preventive rather than punitive in nature. Furthermore, Parliament has required that the reasons for detention be reviewed at regular intervals, although it has not limited the total detention period. **Adjudicators should, however, be guided by certain general principles arising from the case law:**

- **Detention is an exceptional restraining measure in our society;**<sup>7</sup>
- **Although the *Immigration Act* does not limit the total duration of detention, there are implicit restrictions on the power of detention;**<sup>8</sup>
- **Detention for a reasonable length of time, given all the circumstances of the case, is the standard applicable to continued detention;**<sup>9</sup> and
- **The right guaranteed by section 7 of the Charter<sup>10</sup> implies that continued detention must be in accordance with the principles of fundamental justice.**<sup>11</sup>

Often a person whose detention is continued is under a removal order or a conditional removal order. In such circumstances, continued detention is justified only if the removal order can be executed **within a reasonable period of time.**

The Department of Citizenship and Immigration is responsible for enforcing removal orders as soon as is reasonably practicable.<sup>12</sup> Nonetheless, the enforcement of removal orders can be delayed by reason of a legal impediment,<sup>13</sup> such as a stay of execution.

## A. LONG-TERM DETENTION

---

The existence of a legal impediment to the execution of a removal order does not render removal invalid.<sup>14</sup> However, if a detention appears unduly lengthy, **the reasonableness of the delay** should be considered, in order to ensure that the detention is not in fact an “indefinite detention.”<sup>15</sup> Such detentions constitute deprivations of liberty that come into conflict with the principles of fundamental justice.

The fact remains however that in most cases of long-term detention, enforcement of the removal order is delayed despite the absence of any legal impediment. This can be attributed chiefly to the problems immigration authorities encounter in ascertaining the identity of the person in custody and in securing the cooperation of the country to which the person is to be removed.

Where there is no legal impediment to the execution of the removal order, it is all the more important to consider the **reasonableness of the delay**. With this in mind, the adjudicator should ask the Minister’s representative to explain why the removal has not been carried out, since the latter must demonstrate diligent attempts to do so.<sup>16</sup> Depending on the nature of the impediments to removal, it may be appropriate to ask the Minister’s representative to estimate the time that will be required to resolve the problems. This will enable the adjudicator to forecast more effectively the expected length of detention.<sup>17</sup>

The following principles should guide adjudicators when reviewing reasons for detention:

- Where a person is being detained pending removal, it is relevant to consider whether the removal will be executed in the foreseeable future;<sup>18</sup>
- Each review of the reasons for detention is a hearing *de novo*. The Minister must, at every hearing, provide adequate reasons for the continued detention.<sup>19</sup> However, it should be noted that it is incumbent upon the person concerned to show why detention should not continue (especially in the absence of any new facts);<sup>20</sup> and

---

## A. LONG-TERM DETENTION

---

- The decisions of adjudicators must be based on their own analysis and assessment of the facts of the case, not solely on a previous decision of a colleague (although this may be considered)<sup>21</sup> or the conclusion of another decision-making body.<sup>22</sup>

Consequently, when dealing with a continuing detention, adjudicators must consider both grounds for detention as required by the *Immigration Act*. However, their analysis must not end there. In every case where they are called upon to review the reasons for detention, they must consider the reasons for the continued failure to execute the removal, assess—based on the problems identified—whether the person is likely to be removed within a reasonable period of time, and determine—on a balance of probabilities—whether the duration of the detention is reasonable having regard to the circumstances of the particular case.

Adjudicators must also take into account the right to liberty guaranteed by section 7 of the Charter. In *Sahin*,<sup>23</sup> the Federal Court—Trial Division stated as follows: “. . . it is obvious that section 7 Charter considerations are relevant to the exercise of discretion by an adjudicator under section 103 of the *Immigration Act*.” In this case the Court put forth **four factors to be taken into account by adjudicators in determining whether continued detention is in accordance with the principles of fundamental justice as required by section 7 of the Charter:**

## A. LONG-TERM DETENTION

---

1. There is a stronger case for continuing a lengthy detention when an individual is considered a danger to the public;<sup>24</sup>
2. The length of time that a person has already spent in detention and the length of time detention will likely continue, or the fact that the duration of future detention time cannot be ascertained, are factors which should have a bearing on release;
3. Unexplained delay and even unexplained lack of diligence should count against the offending party; and
4. The availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention must be considered.

The foregoing list of considerations is not exhaustive. The considerations, and the weight to be given to each of them, will depend on the facts of the case.<sup>25</sup> A balance must be struck between the public interest and the person's right to liberty: "The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally."<sup>26</sup> Although detention of asylum-seekers and children is rare, decisions in this regard should be made in a manner that is consistent with not only the Charter but also the *UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*<sup>27</sup> and the *Convention on the Rights of the Child*.<sup>28</sup>

The public does, of course, have an interest in detaining individuals who are not likely to appear at the immigration proceedings that they are required to attend, but that interest undoubtedly weighs more heavily in favour of detention where the individuals are likely to pose a danger to the public. It is the latter ground that usually justifies long-term detention. Hence, the need to examine the notion of danger to the public.

## B. THE NOTION OF “DANGER TO THE PUBLIC”

---

Neither the *Immigration Act* nor the case law clearly defines the phrase “danger to the public.” Evidently this expression relates to the protection of the health, safety and good order of Canadian society.<sup>29</sup>

In general, the detention of persons who are likely to pose a danger to the public is a detention based on criminal grounds. It is possible for people to be detained because they represent a threat to public order and health; however, since such cases are relatively infrequent, these Guidelines deal solely with detention on criminal grounds.

**The following propositions may be made on the basis of existing case law:**

- The meaning to be ascribed to “danger to the public” is that there be a present or future danger to the public;<sup>30</sup>
- It is not unreasonable to draw inferences from a person’s criminal record in determining whether that person is likely to be a danger to the public;<sup>31</sup>
- Where a person has been convicted of an offence and has served the related sentence, the conviction alone is not sufficient to support a finding that that person is likely to be a danger to the public;<sup>32</sup> and
- The phrase “danger to the public” “must refer to the possibility that a person who has committed a serious crime in the past may seriously be thought to be a potential re-offender.”<sup>33</sup>

---

## B. THE NOTION OF “DANGER TO THE PUBLIC”

---

It follows from these propositions that a person’s criminal background is a relevant factor that adjudicators should take into account. Nevertheless, since they must assess the present and future danger posed by the person, it is incumbent on them to assess the seriousness of the crimes and the likelihood of recidivism. The criminal background is only one of several factors: an adjudicator cannot conclude that a person is likely to be a danger to the public based on this sole, generally insufficient, consideration. This is especially true where the person has been convicted and has served the related sentence in respect of those offences.

Based on the above statements, **the following factors should be weighed when considering whether a person is likely to be a danger to the public:**

1. The seriousness of the offences:
  - their nature<sup>34</sup> (offences against the person vs. offences against property);
  - the circumstances in which they were committed; and
  - the number of offences, their frequency and the pattern of criminal activity.
2. The likelihood of re-offending:
  - the person’s criminal record;
  - association with or membership in a criminal organization;
  - willingness to be rehabilitated<sup>35</sup> and possibility of rehabilitation<sup>36</sup>; and
  - family and community support.<sup>37</sup>

These factors are not exhaustive. Whether a person is a danger to the public depends on a multiplicity of factors and on the weight given to them, depending on the circumstances of the case.

## C. ALTERNATIVES TO DETENTION

---

Parliament has provided that adjudicators may order the release of a person detained pursuant to the *Immigration Act*, subject to such terms and conditions as they deem appropriate, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond. Given these provisions, together with the basic assumption that detention should be an exceptional measure in Canadian society, **adjudicators should, in all cases, consider whether it would not be appropriate to impose certain conditions to reduce the risk of the person concerned failing to appear for an examination, an inquiry or removal from Canada, or to reduce the risk that such a person may pose to the public.**

It should be noted that while Parliament has conferred broad discretionary powers upon adjudicators in this area, it has not given them a free hand; the conditions imposed by adjudicators must be appropriate in the case before them, depending on whether one or both of the grounds of detention exist. The conditions must be designed to secure the presence of the individual at the required proceedings, and/or to ensure the protection of society.

Consideration of this question requires, first, that the risk posed by the person in relation to the above two grounds be assessed. Next, it must be determined whether any conditions would reduce this risk. If, because of the risk involved, a person would have to be subject to conditions that would be very difficult to abide by, a detention order might be appropriate. If, on the other hand, the level of risk is acceptable, or would become acceptable under certain conditions that would make it possible to exercise real control over the person following release, then a conditional release should be contemplated.

The conditions will, of course, vary depending on the grounds for the detention and the circumstances of the case. **However, the conditions of release should be stated in clear and precise terms, leaving no room for ambiguity in their interpretation.** It is also important to ensure that the conditions do not conflict with those imposed by another decision-making body.<sup>38</sup>

### C. ALTERNATIVES TO DETENTION

---

The *Immigration Act* provides expressly for the payment of a security deposit or the posting of a performance bond. This is a condition that precedes release and is intended to guarantee that the other conditions imposed will be complied with.

Generally, if an adjudicator contemplates a person's release subject to the payment of a security deposit or the posting of a performance bond, it is because the adjudicator is of the opinion that the person could be released and that such a security deposit would reduce the risk of that person's failing to attend the related examination, inquiry or removal proceedings. This does not mean, however, that the release of a person who is likely to pose a danger to the public cannot be contemplated. Where the public interest and the person's right to liberty are in the balance, it goes without saying that a detention, even of short duration, is more easily justified if the person concerned is likely to pose a danger to the public.<sup>39</sup> Nevertheless, if all the relevant factors are considered and weighed, including those listed above under the heading "The Notion of 'Danger to the Public' ", it should be possible to gauge the level of risk and to determine whether the terms and conditions—namely, the payment of a security deposit or the posting of a performance bond—would reduce the risk to a level where release would be possible.

**It is incumbent on adjudicators to determine whether it is appropriate to impose conditions, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond. If the latter conditions are imposed, adjudicators should consider the amount of the security deposit and the form that it should take. The amount should always be based on the risk posed by the person and the constraint that the security deposit would achieve in the circumstances of each particular case. If a security deposit is not available, all other alternatives to detention should be contemplated.**<sup>40</sup>

### C. ALTERNATIVES TO DETENTION

---

At first glance, the payment of a security deposit might appear more constraining, but a performance bond provided by a solvent individual may be just as effective. The *Immigration Act* makes no distinction as to the relative value of each. In fact, the relationship between the guarantor and the detainee can sometimes impose a greater constraint on the latter. When examining this question, therefore, adjudicators should consider the availability of a cash security deposit and the suitability of the guarantor, including the guarantor's ability to pay.

On occasion, the parties will have come to an agreement on the conditions of release before the hearing and will submit the agreement to the adjudicator. If the parties' proposal seems reasonable, the adjudicator should endorse it. If, however, the proposed conditions are unusual or seem excessive, the adjudicator should determine whether other conditions are more appropriate, having regard to the nature and degree of risk posed by the person, and the constraining effect such conditions would have on the conduct of the person concerned.

## D. EVIDENCE AND PROCEDURE

---

### I. EVIDENCE

In the absence of statutory provisions concerning evidence, two general principles apply when it comes to determining whether a person is to be detained or released:

1. The balance of probabilities constitutes the applicable standard of evidence.<sup>41</sup>
2. Refusal to accept relevant and available evidence when reviewing the reasons for detention constitutes a breach of the principles of natural justice.<sup>42</sup>

### II. PROCEDURE

As regards procedure, the *Immigration Act* merely states the principle that the hearing to review the reasons for a person's detention shall be conducted in public, subject to any rules of the place where a person is detained.<sup>43</sup>

Despite the absence of statutory provisions creating a framework for a review of the reasons for detention, the Adjudication Division has implemented a procedure that conforms to the principles of natural justice.<sup>44</sup>

The legal controversy over whether the principles of natural justice and fairness oblige a quasi-judicial tribunal to give reasons for its decision has not yet been settled.<sup>45</sup> Nevertheless, given the serious impact of the Adjudication Division's decisions on the rights of individuals, particularly in the area of detention, detention review hearings must be recorded and the reasons for decision must be given.<sup>46</sup>

The reasons must be sufficient and adequate. They should allow the person concerned to understand the grounds on which the adjudicator is ordering detention or its continuation, to decide whether the available recourses against the adjudicator's decision should be exercised and, if applicable, to make the most of the case.<sup>47</sup>

#### **D. EVIDENCE AND PROCEDURE**

---

**Consequently, the reasons must show the following:**

- 1. the nature of the hearing held;<sup>48</sup>**
- 2. the applicable criterion or criteria;<sup>49</sup>**
- 3. a summary of the facts;<sup>50</sup>**
- 4. an analysis and assessment of the facts;<sup>51</sup> and**
- 5. the decision.**

In order to respect the principles of natural justice and procedural fairness, the reasons of the adjudicator ordering the detention should be transcribed and distributed to the parties before the next hearing is held, whether an initial or continued detention is involved.

## ENDNOTES

---

- <sup>1</sup> For examples, refer to ss. 503(1) and 515(10) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.
- <sup>2</sup> *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act*, 1982, Schedule B of the *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.).
- <sup>3</sup> *International Covenant on Civil and Political Rights*, (1976) 999 UNTS 107, in force on March 23, 1976, ss. 9, 10 and 11, and the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, (1976) 999 UNTS 216, in force on March 23, 1976. These two instruments confer status in law on the civil and political rights set out in the Universal Declaration of Human Rights, U.N. Doc. A/810, p. 71 (1948).
- <sup>4</sup> The detention provided for in section 103.1 of the *Immigration Act* is not dealt with in these Guidelines because these specific provisions are infrequently applied.
- <sup>5</sup> Sections 80.1 and 103 of the *Immigration Act*.
- <sup>6</sup> Sections 103(3), 103(6) and 103(8) of the *Immigration Act*.
- <sup>7</sup> *Salilar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 3 F.C. 150 (T.D.); *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.), appeal dismissed on the grounds that the certified question had become hypothetical: *Sahin, Bektas v. M.C.I.* (F.C.A., no. A-575-94), Stone, MacGuigan, Robertson, June 8, 1995.
- <sup>8</sup> In *Sahin* (*supra*, note 7) Rothstein J. quoted, at p. 227, Woolf J. in *R. v. Governor of Durham Prison, ex p. Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.) at p. 985: "Since 20 July 1983 the applicant has been detained under the power contained in para. 2(3) of Sch. 3 to the *Immigration Act 1971*. Although the power which is given to the Secretary of State in para 2 to detain individuals is not subject to any express limitation of time, I am quite satisfied that it is subject to limitations. First of all, it can only authorize detention if the individual is being detained in one case pending the making of a deportation order and, in the other case, pending his removal. It cannot be used for any other purpose. Second, as the power is given in order to enable the machinery of deportation to be carried out, I regard the power of detention as being impliedly limited to a period which is reasonably necessary for that purpose. The period which is reasonable will depend on the circumstances of the particular case. What is more, if there is a situation where it is apparent to the Secretary of State that he is not going to be able to operate the machinery provided in the Act for removing persons who are intended to be deported within a reasonable period, it seems to me that it would be wrong for the Secretary of State to seek to exercise his power of detention." In that case, the person had been convicted of a criminal offence and was detained for approximately five months following release on parole. See also, *Lam v. Tai A Chau Detention Centre* (1996), 199 N.R. 30 (J.C.P.C.).

- <sup>9</sup> *Sahin, supra*, note 7.
- <sup>10</sup> *Supra*, note 2, section 7: "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice."
- <sup>11</sup> *Sahin, supra*, note 7, at p. 230: "... an adjudicator must have regard to whether continued detention accords with the principles of fundamental justice under section 7 of the Charter. "
- <sup>12</sup> Sections 48 to 53 of the *Immigration Act*.
- <sup>13</sup> Sections 49, 50, 52(3), 53(1), 73(1)(c) and 74(2) of the *Immigration Act*.
- <sup>14</sup> *Re Rojas and the Queen* (1978), 20 O.R. (2d) 590 (Ont. C.A.). In dismissing a *habeas corpus* application, the Ontario Court of Appeal held as follows: "It is obvious that the problem of finding a country to which the appellant can be deported continues to occupy the bona fide attention and efforts of the immigration authorities, and therefore his detention cannot be characterized as having ceased to be lawful. " In *Sahin (supra*, note 7), a person had been detained for fourteen months on the ground that he was not likely to appear for his removal, based on his own statements to the effect that he would not report for removal if required to do so. The Minister applied for a judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division in which it was held that the person was a Convention refugee. Thus, the person was under a conditional removal order. Rothstein J. of the Federal Court (Trial Division) held at pp. 223-224: "Until all appeals have been disposed of, a person might still be found not to be a Convention refugee and it is that eventuality that justifies the continuance of conditional removal orders against such persons. As long as a conditional removal order may become an effective removal order, section 103 recognizes that the Minister must be in a position to enforce the order. It is consistent with that objective that persons be detained when the Minister is of the opinion that they would not appear for removal if a removal order is to be executed."
- <sup>15</sup> An example of such a situation is where the Immigration Appeal Division stays the execution of a removal order based on s. 74(2) of the *Immigration Act*, which provides that the Division "... shall review the case from time to time as it considers necessary or advisable." Given that the time of the execution of the removal cannot be foreseen, the detention should be considered "indefinite." In *Sahin (supra*, note 7) the Court held as follows at p. 229: "... when any number of possible steps may be taken by either side and the times to take each step are unknown, I think it is fair to say that a lengthy detention, at least for practical purposes, approaches what might be reasonably termed 'indefinite'." In *Re Rojas and the Queen (supra*, note 14) Zuber J.A. made the following remarks: "The *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2, permits detention pending deportation, but this Act does not thereby authorize permanent imprisonment. In some cases it may be that the objective of deportation will become so

- unlikely or illusory that detention premised on this occurrence cannot be justified and will become unlawful.”
- <sup>16</sup> *Cushnie v. M.E.I.* (1988), 54 D.L.R. (4th) 420 (Que. C.A.).
- <sup>17</sup> Where the detention appears unduly lengthy, it may, depending on the circumstances of the case, have become unjustified, and therefore illegal, because removal has become illusory. (See the remarks of Zuber J.A. in *Re Rojas and the Queen*, *supra*, note 14.)
- <sup>18</sup> *Re Rojas and the Queen*, *supra*, note 14; *Cushnie*, *supra*, note 16; *Sahin*, *supra*, note 7.
- <sup>19</sup> *Cushnie*, *supra*, note 16; *Sahin*, *supra*, note 7; *Salilar*, *supra*, note 7.
- <sup>20</sup> *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Salinas-Mendoza*, [1995] 1 F.C. 251 (T.D.).
- <sup>21</sup> *McIntosh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 30 Imm. L.R. (2d) 314 (F.C.T.D.); *Arruda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 27 Imm. L.R. (2d) 154 (F.C.T.D.).
- <sup>22</sup> *Lin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 33 Imm. L.R. (2d) 8 (F.C.T.D.); *Salilar*, *supra*, note 7; *Salinas-Mendoza*, *supra*, note 20; *Lam v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 207 (F.C.T.D.); *Ejim, Chukwudi Prince Chidi v. M.C.I.* (F.C.T.D., no. IMM-4590-94), Rothstein, December 1, 1994. See also comments on *Williams*, *infra*, note 31.
- <sup>23</sup> *Sahin*, *supra*, note 7, at p. 228.
- <sup>24</sup> *Sahin*, *supra*, note 7, at p. 231. See also *Kidane, Derar v. M.C.I.* (F.C.T.D., no. IMM-2044-96), Jerome, July 11, 1997.
- <sup>25</sup> *Sahin*, *supra*, note 7; *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 547 (T.D.).
- <sup>26</sup> *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52.
- <sup>27</sup> *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, January 1988.
- <sup>28</sup> *Convention on the Rights of the Child* (CRC), which was adopted by the United Nations General Assembly (Resolution no. 44/25) on November 20, 1989, was signed by Canada on May 28, 1990, was ratified on December 13, 1991 and came into force on January 12, 1992.
- <sup>29</sup> Section 3(i) of the *Immigration Act*.

- <sup>30</sup> *Thompson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 37 Imm. L.R. (2d) 9 (F.C.T.D.); *Bahadori, Amir Hussein v. M.C.I.* (F.C.T.D., no. IMM-4931-94), Wetston, April 25, 1995.
- <sup>31</sup> *McIntosh*, *supra*, note 21.
- <sup>32</sup> *Salilar*, *supra*, note 7.
- <sup>33</sup> *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.) at p. 668. In this case, the Court interpreted the phrase “danger to the public” contained in section 70(5) of the *Immigration Act*. It should be noted that the Court was referring to the commission of a crime. Thus, a person who is suspected of having committed a serious offence could be considered to be a person likely to pose a danger to the public. However, in the absence of a conviction, the adjudicator will have to take into account the presumption of innocence guaranteed to the person concerned by the common law and section 11(d) of the Charter. In this case, the person’s criminal record is also of relevance and will have to be taken into account by the adjudicator. It should be noted that the Minister’s opinion to the effect that the person constitutes a danger to the public is not binding on an adjudicator. The latter’s decision must be based on the adjudicator’s own analysis and assessment of the facts of the case. Therefore, it is possible that an adjudicator orders a person’s release from detention although the Minister has issued a “danger to the public” opinion.
- <sup>34</sup> Because of the changing nature of society’s values, it is not always easy to assess the seriousness of offences, based on their nature. For example, it is only in recent years that assaults against a spouse (which constitute offences against the person) have been considered to be serious offences. As far as offences against property are concerned, by way of a guide, under the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, an offender may be released after having served one-sixth of the related sentence in respect of a first offence other than an offence against the person (ss. 119.1 and 126.1, amended by the *Act to Amend the Criminal Code (offenders with a high risk of recidivism)*, the *Corrections and Conditional Release Act*, the *Criminal Records Act*, the *Prisons and Reformatories Act* and the *Ministry of the Solicitor General Act*, ss. 21 and 25, which came into force by order on July 3, 1997, (1997) 131 *Can. Gaz.* II, 2286).
- <sup>35</sup> In order to determine a person’s willingness to be rehabilitated, credibility must be assessed. The person’s criminal record, conduct following the commission of the offence, behaviour during incarceration and involvement in therapy or rehabilitation programs are some of the factors that may be taken into account.
- <sup>36</sup> Depending on the type of problem involved (violence, alcohol or drug abuse, and so on) certain rehabilitation programs may be available. Naturally, despite the desire for rehabilitation shown by the person, the status in Canada of the individual and the imminence of removal may result in the person being unable to take advantage of such programs.

- <sup>37</sup> The presence of family members in Canada, the relationship of the person to those family members and ties with the community, as well as the support available from these sources, are all factors that can decrease the likelihood of re-offending.
- <sup>38</sup> For example, conditions imposed by a Justice of the Peace, a court of criminal jurisdiction or—in respect of a stay of execution of a removal order—by the Immigration Appeal Division.
- <sup>39</sup> *Sahin*, *supra*, note 7, at p. 232.
- <sup>40</sup> Family members, the community and even NGOs may be able to exert such influence on a person as to secure the person's presence at the required immigration proceedings.
- <sup>41</sup> *Salilar*, *supra*, note 7, at pp. 157-58. See also *Smith v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 3 (T.D.). In this case, the Court decided on the reasonable nature of a certificate issued in accordance with section 40.1(1) of the *Immigration Act* and whose effect is to compel the adjudicator to issue a detention order. At p. 29, Cullen J., referring to *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khawaj*, [1984] A.C. 74, stated as follows: "As a liberty interest was at stake in the detention, the immigration officer had to satisfy a civil standard of proof to a high degree of probability that the detained person was an illegal immigrant."
- <sup>42</sup> *McIntosh*, *supra*, note 21. See also *Sahin*, *supra*, note 7, at p. 234: "It is the adjudicator himself or herself who must determine whether he or she is satisfied that the applicant would not pose a danger to the public. ... The issue is an open one on each detention review and must be decided by the adjudicator each time. The applicant and the respondent are free to bring forward whatever evidence or information is relevant to assist the adjudicator in reviewing a detention."
- <sup>43</sup> Section 103(9) of the *Immigration Act*.
- <sup>44</sup> The review of the reasons for detention is undertaken at a hearing, in the presence of the person concerned, who is entitled to the services of an interpreter. The person is informed of the purpose and consequences of the hearing, and of the right to be represented by a lawyer. The person concerned can submit evidence and present arguments in favour of release. See also rules 18, 28, 29 and 30 of the *Adjudication Division Rules*.
- <sup>45</sup> Where a statutory duty to give reasons exists, the courts ensure that it is strictly enforced. See *Northwestern Utilities Limited v. The City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 and *S.E.P.Q.A. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879. Where such a duty does not exist, however, the case law diverges: see *Proulx v. Public Service Staff Relations Board et al.*, [1978] 2 F.C. 133 (C.A.); *Canadian Arsenal Limited v. C.L.R.B.*, [1979] 2 F.C. 393 (C.A.); *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Taabea v. Refugee*

*Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316 (T.D.); *Torres v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1983] 2 F.C. 81 (C.A.).

- <sup>46</sup> *Mensing v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 1 F.C. 59 (T.D.), at p. 72: "It is the facts, the circumstances and the nature of the decision being made which will determine whether a decision-maker is required to give reasons in order to comply with the principles of fairness."; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 659: "... because of the serious effect of the Director's decision on the appellants, procedural fairness required that he inform them of the reasons for his intended decision ...".
- <sup>47</sup> *Mehterian, Pierre Antoine v. M.E.I.* (F.C.A., no. A-717-90), Hugessen, MacGuigan, Desjardins, June 17, 1992; *Syed, Saqlain Mohyuddin v. M.E.I.* (F.C.T.D., no. IMM-2080-93), Jerome, September 13, 1994.
- <sup>48</sup> Detention ordered by an adjudicator in accordance with ss. 103(3), 103(6), 103(8) or 103.1(5) of the *Immigration Act*. In the case of a review of the decision for detention pursuant to s. 103(6) of the Act, it is important to specify the period of time involved—48 hours, 7 days or 30 days.
- <sup>49</sup> (1) The person is likely to pose a danger to the public. (2) The person is not likely to appear for the examination, inquiry or removal. In the case of detention pursuant to s. 103.1(2) or (3) of the *Immigration Act*, the applicable criterion is that set out in s. 103.1(5), namely the question whether reasonable efforts are being made by the Minister to investigate the matter.
- <sup>50</sup> Unless an initial review of the reasons for detention is involved, the summary of the facts can be very brief, but new facts must necessarily be mentioned.
- <sup>51</sup> Since each review of the reasons for detention is a *de novo* hearing, the analysis and assessment of the facts must be those of the adjudicator who held the hearing.



44 L'examen des motifs de détention se fait dans le cadre d'une audience tenue en présence de l'intéressé. Celui-ci a droit aux services d'un interprète. Il est informé du but et des conséquences de l'audience ainsi que de son droit d'être représenté par un avocat. Il peut présenter des preuves et faire valoir des arguments en faveur de sa mise en liberté. Voir également les articles 18, 28, 29 et 30 des *Règles de la section d'arbitrage*.

45 Lorsque l'obligation de motiver les décisions est prévue par la loi, les tribunaux veillent à son application stricte. Voir *Northwestern Utilities Limited c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 et *S.E.P. Q.A. c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879. Par contre, lorsqu'une telle obligation n'existe pas, la jurisprudence est partagée : voir *Proulx c. Commission des relations de travail dans la fonction publique et autre*, [1978] 2 C.F. 133 (C.A.); *Arsenaux Canadiens Ltee c. C.C.R.T.*, [1979] 2 C.F. 393 (C.A.); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316 (1<sup>re</sup> inst.); *Torres c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1983] 2 C.F. 81 (C.A.).

46 *Mensingher c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 1 C.F. 59 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 72 : « Ce sont les faits, les circonstances et la nature de la décision rendue qui détermineront si un décideur est tenu de motiver sa décision pour se conformer aux principes d'équité. »; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 659 : « [...] à cause des effets graves de la décision du directeur pour les appelants, l'équité dans la procédure exigeait qu'il leur fasse connaître les motifs de sa décision prochaine [...] ».

47 *Mehertian, Pierre Antoine c. M.E.I. (C.A.F., A-717-90)*, Hugesen, MacGuigan, Desjardins, 17 juin 1992; *Syed, Saqlain Mohyuddin c. M.E.I. (C.F. 1<sup>re</sup> inst., IMM-2080-93)*, Jerome, 13 septembre 1994.

48 Détention ordonnée par un arbitre en vertu des paragraphes 103(3), 103(6), 103(8) ou 103.1(5) de la *Loi sur l'immigration*. S'il s'agit d'une révision des motifs de détention selon le paragraphe 103(6) de la Loi, il importe de préciser le délai : 48 heures, 7 jours ou 30 jours.

49 (1) La personne constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique. (2) La personne se dérobera vraisemblablement à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi. Dans les cas de détention en vertu des paragraphes 103.1(2) ou (3) de la *Loi sur l'immigration*, le critère applicable est prévu au paragraphe 103.1(5), soit la question de savoir si le ministre fait des efforts valables pour enquêter sur les questions.

50 À moins qu'il ne s'agisse d'une première révision des motifs de détention, le résumé des faits peut être très succinct, mais les faits nouveaux doivent nécessairement être mentionnés.

51 Chaque révision des motifs de détention constituant une audience *de novo*, l'analyse et l'évaluation des faits doivent être celles de l'arbitre qui a tenu l'audience.

<sup>35</sup> Pour déterminer la volonté de réhabilitation de l'intéressé, il est nécessaire d'évaluer sa crédibilité. Ses antécédents criminels, son comportement après la perpétration du crime, son comportement en institution alors qu'il purgeait sa peine, sa participation à des thérapies ou à des programmes de réhabilitation constituent, entre autres, des éléments qui peuvent être pris en compte.

<sup>36</sup> Selon la nature du problème, c.-à-d. violence, toxicomanie, alcoolisme, etc., certains programmes de réhabilitation peuvent être disponibles. Il va sans dire que, malgré la volonté de réhabilitation démontrée par l'intéressé, son statut au Canada et l'imminence de son renvoi peuvent faire en sorte qu'il ne puisse se prévaloir de ces programmes.

<sup>37</sup> La présence au Canada de membres de la famille, les liens que l'individu entretient avec les membres de sa famille et de sa communauté ainsi que l'appui que ceux-ci seraient disposés à lui accorder constituent des éléments qui peuvent réduire la probabilité de récidive.

<sup>38</sup> Par exemple, des conditions imposées par un juge de paix ou une cour criminelle ou encore par la Section d'appel de l'immigration lorsqu'elle sursoit à l'exécution du renvoi.

<sup>39</sup> *Sahin, supra*, note 7, à la p. 232.

<sup>40</sup> Le milieu familial ou communautaire ou encore les ONG peuvent être en mesure d'exercer un certain contrôle sur l'individu afin d'assurer sa présence lors de la procédure d'immigration qui le concerne.

<sup>41</sup> *Salliar, supra*, note 7, aux p. 157 et 158. Voir également *Smith c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, la Cour s'est prononcée sur le caractère raisonnable d'une attestation qui a été délivrée en vertu du paragraphe 40.1(1) de la *Loi sur l'immigration* et dont l'effet est d'obliger l'arbitre à rendre une ordonnance de détention. À la p. 29, le juge Cullen, citant l'arrêt *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khawaj*, [1984] A.C. 74, a dit : « Comme la liberté individuelle est compromise à cause de la détention, l'agent d'immigration doit satisfaire une norme de preuve civile plus élevée en démontrant qu'il est très probable que la personne détenue se trouve illégalement en Angleterre. »

<sup>42</sup> *McIntosh, supra*, note 21. Voir aussi *Sahin, supra*, note 7, à la p. 234 : « C'est l'arbitre lui-même qui doit décider s'il est convaincu que le requérant ne constitue pas une menace pour la sécurité publique. [...] La question se pose à nouveau à chaque examen des motifs de détention, et doit être résolue par l'arbitre chaque fois. Il est loisible au requérant et à l'intimé de produire toute preuve ou information susceptible de l'éclairer à l'examen des motifs de détention. »

<sup>43</sup> Paragraphe 103(9) de la *Loi sur l'immigration*.

28 Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE). Elle a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies (résolution n° 44/25) le 20 novembre 1989, a été signée par le Canada le 28 mai 1990 et a été ratifiée le 13 décembre 1991. Elle est entrée en vigueur le 12 janvier 1992.

29 Alinéa 3i) de la Loi sur l'immigration.

30 *Thompson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 37 Imm.L.R. (2d) 9 (1<sup>re</sup> inst.); *Bahadur, Amir Hussein c. M.C.I. (C.F. 1<sup>re</sup> inst., IMM-4931-94)*, Weiston, 25 avril 1995.

31 *McIntosh, supra*, note 21.

32 *Salilar, supra*, note 7.

33 *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), à la p. 668. Dans cette affaire, la Cour a interprété l'expression « danger pour le public » contenue au paragraphe 70(5) de la *Loi sur l'immigration*. Il importe de souligner que la Cour faisait référence à la perpétration d'un crime. Il en résulte qu'une personne soupçonnée d'avoir commis un crime grave pourrait être considérée comme constituant un danger pour le public. L'arbitre devra tenir compte de la présomption d'innocence dont bénéficie l'intéressé en vertu de la common law et de l'alinéa 11d) de la Charte. En l'occurrence, le dossier judiciaire de l'intéressé constitue, entre autres, un facteur pertinent dont l'arbitre devra tenir compte. Il importe également de souligner que l'arbitre n'est pas lié par l'avis du ministre selon lequel une personne constitue un danger pour le public. La décision de l'arbitre doit être fondée sur sa propre analyse et sa propre évaluation des faits de l'espèce. Ainsi, un arbitre pourrait ordonner la mise en liberté d'une personne même si le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour le public.

34 Le caractère évolutif des valeurs sociales fait en sorte qu'il n'est pas toujours aisé d'évaluer la gravité des crimes selon leur nature. Par exemple, un crime de violence conjugale, lequel constitue un crime contre la personne, n'était pas considéré comme un crime sérieux jusqu'à il y a peine quelques années. Quant aux crimes contre la propriété, à titre indicatif, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, prévoit une libération après un sixième (1/6) de la peine lorsqu'il s'agit d'une première condamnation pour une infraction criminelle autre qu'un crime contre la personne - articles 119.1 et 126.1, modifiées par la *Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive)*, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, la *Loi sur le casier judiciaire*, la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* et la *Loi sur le ministère du Solliciteur général*, articles 21 et 25, entrés en vigueur par décret le 3 juillet 1997, (1997) 131 *Gaz. Can.* II, 2286.

*Re Rojas and the Queen* (supra, note 14), le juge Zuber a tenu les propos suivants : [TRADUCTION] « Aux termes de la Loi sur l'immigration, S.R.C. 1970, ch. I-2, une personne peut être détenue en attendant son expulsion, mais elle ne peut pas être emprisonnée indéfiniment. Dans certains cas, l'expulsion devient un objectif dont la réalisation est si peu probable, voire illusoire, que la détention fondée sur ce motif ne peut être justifiée et devient illégale. »

- 16 *Cushnie c. M.E.I.* (1988), 54 D.L.R. (4th) 420 (C.A.Q.).
- 17 Lorsque la détention se prolonge indûment, il est possible, en égard aux circonstances particulières de l'espèce, que cette détention ne soit plus justifiée et, donc, qu'elle soit illégale du fait que le renvoi est devenu illusoire. (Voir les propos du juge Zuber dans l'affaire *Re Rojas and the Queen*, supra, note 14).

- 18 *Re Rojas and the Queen*, supra, note 14; *Cushnie*, supra, note 16; *Sahin*, supra, note 7.
- 19 *Cushnie*, supra, note 16; *Sahin*, supra, note 7; *Salilar*, supra, note 7.
- 20 *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Salinas-Mendoza*, [1995] 1 C.F. 251 (1<sup>re</sup> inst.).

- 21 *McIntosh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 30 Imm. L.R. (2d) 314 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Arruda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 27 Imm. L.R. (2d) 154 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

- 22 *Lin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 33 Imm. L.R. (2d) 8 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Salilar*, supra, note 7; *Salinas-Mendoza*, supra, note 20; *Lam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 207 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Ejim, Chukwudi Prince Chidi c. M.C.I.* (C.F. 1<sup>re</sup> inst., IMM-4590-94), Rothstein, 1<sup>er</sup> décembre 1994. Voir également les commentaires en rapport avec l'affaire *Williams*, infra, note 31.

- 23 *Sahin*, supra, note 7, à la p. 228.

- 24 *Sahin*, supra, note 7, à la p. 231. Voir également *Kidane*, *Derar c. M.C.I.* (C.F. 1<sup>re</sup> inst., IMM-2044-96), Jérôme, 11 juillet 1997.

- 25 *Sahin*, supra, note 7; *Halm c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 547 (1<sup>re</sup> inst.).

- 26 *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux p. 151 et 152.

- 27 *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, janvier 1988.

renvoi pendant à peu près cinq mois après sa libération conditionnelle. Voir également, *Lam v. Tai A Chau Detention Centre* (1996), 199 N.R. (J.C.P.C.).

<sup>9</sup> *Sahin, supra*, note 7.

<sup>10</sup> *Supra*, note 2, article 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

<sup>11</sup> *Sahin, supra*, note 7, à la p. 230 : « Il [l'arbitre] doit examiner si la prolongation de la détention est conforme aux principes de justice fondamentale ainsi que l'exige l'article 7 de la Charte. »

<sup>12</sup> Articles 48 à 53 de la *Loi sur l'immigration*.

<sup>13</sup> Articles 49 et 50, paragraphes 52(3), 53(1) et 74(2) et alinéa 73(1)c) de la *Loi sur l'immigration*.

<sup>14</sup> *Re Rojas and the Queen* (1978), 20 O.R. (2d) 590 (C.A. Ont.). La Cour d'appel de l'Ontario, en rejetant une requête en *habeas corpus*, s'est exprimée ainsi : [TRADUCTION] « Il est évident que les agents d'immigration font leur possible pour trouver un pays où l'appelant pourra être expulsé; sa détention continue donc d'être une mesure légitime. » Dans l'affaire *Sahin* (*supra*, note 7), l'intéressé était détenu depuis quatorze mois au motif qu'il se déroberait vraisemblablement au renvoi car, de son propre aveu, il n'obtempérerait pas à une mesure éventuelle de renvoi. Le ministre a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Section du statut de réfugié concluant que l'intéressé est un réfugié au sens de la Convention. L'intéressé était donc sous le coup d'une mesure de renvoi conditionnel. Le juge Rothstein de la Section de première instance de la Cour fédérale s'est exprimé ainsi aux p. 223 et 224 : « Tant que les appels n'auront pas tous été épuisés, il se peut toujours qu'une personne soit jugée inadmissible au statut de réfugié, et c'est cette possibilité qui justifie le maintien de la mesure de renvoi conditionnel à son égard. Tant qu'une mesure de renvoi conditionnel peut devenir définitive, l'article 103 fait en sorte que le ministre soit en mesure de la mettre à exécution. C'est cet objectif qui justifie que des personnes soient mises sous garde si le ministre estime qu'elles se déroberont à la mesure de renvoi. »

<sup>15</sup> À titre d'exemple, mentionnons le cas où la Section d'appel de l'immigration sursoit à l'exécution de la mesure de renvoi suivant le paragraphe 74(2) de la *Loi sur l'immigration* qui dispose : « ...celle-ci réexamine le cas autant que de besoin »; étant donné que l'exécution du renvoi ne peut être prévisible, il y aurait alors lieu de qualifier la détention de « indéterminée ». D'ailleurs, dans l'affaire *Sahin* (*supra*, note 7), la Cour a dit à la p. 229 : « [...] si un nombre indéfini de procédures peuvent être engagées par l'une ou l'autre partie et si on ne sait pas combien de temps va prendre chacune de ces procédures, je pense qu'on peut dire qu'une détention de longue durée, du moins sur le plan pratique, est bien proche de ce qu'on peut raisonnablement qualifier de détention de durée "indéterminée" ». Dans l'affaire

## NOTES EN FIN DE DOCUMENT

<sup>1</sup> À titre d'exemple, voir les paragraphes 503(1) et 515(10) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

<sup>2</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)].

<sup>3</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 107, entré en vigueur le 23 mars 1976, articles 9, 10, 11 et *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 216, entré en vigueur le 23 mars 1976. Ces deux instruments confèrent une valeur juridique aux droits civils et politiques énoncés dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948).

<sup>4</sup> Il n'est pas question dans les présentes directives de la détention prévue à l'article 103.1 de la *Loi sur l'immigration* parce que l'application de ces dispositions particulières est peu fréquente.

<sup>5</sup> Articles 80.1 et 103 de la *Loi sur l'immigration*.

<sup>6</sup> Paragraphes 103(3), 103(6) et 103(8) de la *Loi sur l'immigration*.

<sup>7</sup> *Salilar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 3 C.F. 150 (1<sup>re</sup> inst.); *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1<sup>re</sup> inst.), appel rejeté au motif que la question certifiée était devenue hypothétique; *Sahin, Bekias c. M.C.I. (C.A.F., A-575-94)*, Stone, MacGuigan, Robertson, 8 juin 1995.

<sup>8</sup> Dans l'affaire *Sahin (supra)*, note 7), le juge Rothstein cite à la p. 227 les propos du juge Woolf dans l'arrêt *R. v. The Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All. E.R. 983 (Q.B.), à la p. 985 : [TRADUCTION] « Depuis le 20 juillet 1983, le requérant est détenu en vertu du pouvoir prévu au paragraphe 2(3) de l'annexe 3 de la *Loi de 1971 sur l'immigration*. Bien que le pouvoir que le secrétaire d'Etat tient du paragraphe 2 de déténir des individus ne soit soumis à aucune limitation expresse de durée, je suis convaincu qu'il y a des limites. En premier lieu, il ne peut y avoir de détention qu'en attendant l'ordonnance de renvoi ou le renvoi proprement dit. En second lieu, puisque ce pouvoir a pour raison d'être de permettre le déroulement du processus de renvoi, il est, à mon avis, implicitement limité au laps de temps nécessaire à cet effet. Une durée raisonnable est fonction des circonstances de la cause. Qui plus est, si dans un cas, le secrétaire d'Etat se rend compte qu'il ne peut appliquer dans un délai raisonnable les dispositions de la *Loi* pour renvoyer les personnes interdites de séjour, il me semble qu'il aurait tort d'exercer son pouvoir de détention. » Dans cette affaire, l'intéressé qui avait été condamné pour une infraction criminelle, a été détenu en vue d'un

## D. LA PREUVE ET LA PROCÉDURE

Les motifs doivent être suffisants et adéquats. Ils devraient permettre à l'arbitre ordonne sa détention ou le prolongement de celle-ci, de juger s'il y a lieu d'exercer des recours à l'encontre de la décision de l'arbitre et, le cas échéant, de faire valoir tous ses moyens<sup>47</sup>.

En conséquence, les motifs doivent refléter :

1. le type d'audience qui a été tenue<sup>48</sup>;
2. le ou les critères applicables<sup>49</sup>;
3. le résumé des faits<sup>50</sup>;
4. l'analyse et l'évaluation des faits<sup>51</sup>;
5. la décision.

Afin d'assurer le respect des principes de justice naturelle et d'équité procédurale, il faudrait transcrire et distribuer aux parties avant la tenue de la prochaine audience les motifs de l'arbitre qui ordonne la détention, qu'il s'agisse d'une détention initiale ou d'une prolongation de la détention.

## D. LA PREUVE ET LA PROCÉDURE

### I. LA PREUVE

En l'absence de dispositions législatives concernant la preuve, deux principes généraux s'appliquent lorsqu'il est question de déterminer si une personne doit être détenue ou libérée.

1. La pondération des probabilités constitue la norme de preuve applicable<sup>41</sup>.
2. Le refus d'accepter une preuve pertinente et disponible lors de la révision des motifs de détention constitue une violation des principes de justice naturelle<sup>42</sup>.

En matière de procédure, la *Loi sur l'immigration* ne fait qu'énoncer le principe voulant que l'audience relative à la révision des motifs de détention soit publique, sous réserve des règles en vigueur au lieu de détention<sup>43</sup>.

Malgré l'absence de dispositions législatives prévoyant un cadre pour la révision des motifs de la détention, la Section d'arbitrage a mis en oeuvre une procédure conforme aux principes de justice naturelle<sup>44</sup>.

La controverse jurisprudentielle sur la question de savoir si les principes de justice naturelle et d'équité obligent un tribunal quasi judiciaire à motiver ses décisions n'est pas encore réglée<sup>45</sup>. Néanmoins, étant donné les conséquences sérieuses que les décisions de la Section d'arbitrage peuvent avoir sur les droits des personnes, tout particulièrement en matière de détention, les audiences de révision des motifs de détention doivent être enregistrées et les décisions doivent être motivées<sup>46</sup>.

## C. LES SOLUTIONS DE RECHANGE À LA DÉTENTION

Il incombe à l'arbitre de déterminer l'opportunité d'imposer des conditions, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution, et, le cas échéant, le montant de cette garantie et la forme qu'elle doit prendre. Dans tous les cas, le montant de la garantie devrait être fixé en tenant compte du risque que représente l'intéressé et du caractère contraignant d'une telle garantie dans les circonstances particulières de l'espèce. Si une telle garantie n'est pas disponible, il convient d'examiner toute autre solution de rechange qui pourrait être présentée<sup>40</sup>.

La fourniture d'un cautionnement peut, de prime abord, paraître plus contraignante, mais une garantie de bonne exécution fournie par une personne solvable peut l'être tout autant. D'ailleurs, la *Loi sur l'immigration* ne distingue pas entre la valeur de l'un et de l'autre. En fait, les liens entre le garant et la personne détenue peuvent parfois créer une contrainte plus grande chez cette dernière. Il convient donc que les arbitres examinent cette question en tenant compte de la disponibilité d'un cautionnement en espèces et de la qualité du garant de même que de sa solvabilité.

Parfois, les parties s'entendent avant l'audience sur les conditions de mise en liberté et elles les soumettent à l'arbitre. Pour autant que la proposition des parties apparaisse raisonnable, l'arbitre devrait l'entériner. Par contre, si les conditions proposées sont inhabituelles ou semblent excessives, l'arbitre devrait examiner si des conditions autres que celles proposées par les deux parties seraient indiquées, comme tenu de la nature du risque et du niveau de risque que représente l'intéressé ainsi que de l'effet contraignant qu'auraient de telles conditions sur son comportement.

## C. LES SOLUTIONS DE RECHANGE À LA DÉTENTION

Evidemment, les conditions de mise en liberté varieront en fonction des motifs de justification de la détention qui s'appliquent et des circonstances de l'espèce. Ces conditions devraient cependant être formulées en termes clairs et précis de manière à éviter toute ambiguïté dans leur interprétation. Il importe également que les conditions imposées n'entrent pas en conflit avec des conditions imposées par une autre instance décisionnelle<sup>38</sup>.

La Loi sur l'immigration prévoit précisément la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution. Il s'agit alors d'une condition préalable à la mise en liberté, qui servira à garantir le respect des autres conditions imposées.

Généralement, lorsqu'un arbitre envisage la possibilité d'exiger la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution comme condition de libération de l'intéressé, c'est dire qu'il estime que cette personne pourrait être libérée et qu'une telle garantie réduirait les risques qu'elle se dérobe à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi. Ce n'est pas dire pour autant que la libération d'une personne qui constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique ne peut être envisagée. Lorsque l'intérêt public et le droit à la liberté de la personne sont mis dans la balance, il va de soi que la détention, même si elle est de courte durée, est plus justifiable si l'intéressé représente vraisemblablement une menace pour la sécurité publique<sup>39</sup>. Cependant, l'examen et la pondération de tous les facteurs pertinents, notamment ceux énumérés précédemment sous la rubrique « la notion de menace pour la sécurité publique », permettront d'évaluer le niveau de risque et de déterminer si des conditions, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution, permettraient de réduire le risque au point où la mise en liberté serait possible.

## C. LES SOLUTIONS DE RECHANGE À LA DÉTENTION

Le législateur a donné à l'arbitre le pouvoir d'ordonner la mise en liberté d'une personne détenue en vertu de la *Loi sur l'immigration*, aux conditions qu'il juge indiquées, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution. Ces dispositions, jumelées au postulat voulant que la détention soit une mesure exceptionnelle dans la société canadienne, font en sorte que les arbitres devraient, dans tous les cas, déterminer s'il serait opportun d'imposer certaines conditions afin de réduire le risque que l'intéressé se dérobe à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi, ou encore, de réduire le risque qu'il représente pour la sécurité publique.

Même si le législateur a conféré de vastes pouvoirs discrétionnaires aux arbitres en cette matière, il ne leur a pas donné carte blanche; en effet, les conditions que les arbitres jugent indiquées doivent être pertinentes en l'espèce, selon qu'un ou les deux motifs pouvant justifier la détention s'appliquent. Elles doivent viser à assurer, d'une part, la présence de l'intéressé à la procédure dont il doit faire l'objet et, d'autre part, la protection de la société.

L'examen de cette question requiert d'abord une évaluation du risque que représente l'intéressé en fonction des deux critères énoncés. Il faut ensuite déterminer si certaines conditions permettraient de réduire ce risque. Il y aurait peut-être lieu d'ordonner la détention de l'intéressé à qui il faudrait imposer des conditions très difficiles à respecter en raison du risque élevé que celui-ci représente. Par contre, si le niveau de risque est acceptable ou le devenait moyennant certaines conditions qui permettraient d'exercer un contrôle réel sur la personne après sa libération, il y aurait lieu d'envisager une mise en liberté sous conditions.

## B. LA NOTION DE « MENACE POUR LA SÉCURITÉ PUBLIQUE »

Il découle de ces propositions que les antécédents criminels d'une personne constituent un facteur pertinent que l'arbitre devrait prendre en considération. Toutefois, comme il est tenu d'évaluer le danger actuel et futur que représente l'intéressé, l'arbitre devra nécessairement évaluer la gravité des crimes et la probabilité de récidive. Les antécédents criminels ne constituent qu'un facteur parmi tant d'autres. L'arbitre ne pourra se fonder uniquement sur cet élément, normalement insuffisant, pour conclure que la personne représente vraisemblablement une menace pour la sécurité publique, tout particulièrement si elle a été condamnée et a purgé la peine qui lui a été infligée pour ses crimes.

Compte tenu des propositions qui précèdent, il convient d'examiner les facteurs suivants au moment de déterminer si une personne constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique :

## 1. La gravité des crimes

- leur nature<sup>34</sup> (crimes contre la personne ou crimes contre la propriété)
- les circonstances dans lesquelles ils ont été commis
- leur nombre, leur fréquence et l'évolution du profil criminel

## 2. La probabilité de récidive

- les antécédents criminels
- l'association ou l'appartenance à une organisation criminelle
- la volonté<sup>35</sup> et la possibilité<sup>36</sup> de réhabilitation
- le soutien familial et communautaire<sup>37</sup>

Ces facteurs ne sont pas exhaustifs. La conclusion qu'une personne constitue une menace pour la sécurité publique dépend d'une multitude de facteurs et de la pondération de chacun selon les circonstances de l'espèce.

## B. LA NOTION DE « MENACE POUR LA SÉCURITÉ PUBLIQUE »

Ni la *Loi sur l'immigration* ni la jurisprudence ne définissent précisément l'expression « menace pour la sécurité publique ». De toute évidence, cette expression vise la protection de la santé, de la sécurité et de l'ordre public au Canada<sup>29</sup>.

Généralement, les personnes détenues au motif qu'elles représentent vraisemblablement une menace pour la sécurité publique le sont pour des raisons de criminalité. Il est possible que des personnes soient détenues parce qu'elles représentent un danger pour la santé et l'ordre publics; or, comme ces cas sont relativement peu fréquents, les présentes directives traitent uniquement de la détention pour des raisons de criminalité.

À cet égard, la jurisprudence permet d'avancer un certain nombre de propositions :

- La menace pour la sécurité publique doit s'entendre d'un danger actuel ou futur pour le public<sup>30</sup>.
- Il n'est pas déraisonnable de tirer des conclusions à partir des antécédents criminels de l'intéressé afin de déterminer s'il constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique<sup>31</sup>.
- Le fait qu'une personne ait été reconnue coupable d'un crime pour lequel elle a purgé la peine ne permet pas, en soi, de conclure qu'elle constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique<sup>32</sup>.

- L'expression « menace pour la sécurité publique » doit se rapporter à la possibilité qu'une personne ayant commis un crime grave dans le passé puisse sérieusement être considérée comme un récidiviste potentiel »<sup>33</sup>.

## A. LA DÉTENTION DE LONGUE DURÉE

Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive. Les facteurs et leur importance relative dépendent des faits de l'espèce<sup>25</sup>. Il s'agit de mettre en balance l'intérêt public et le droit à la liberté de la personne. En effet, « ces principes [de justice fondamentale] touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond que de celui de la forme. »<sup>26</sup> Même s'il est rare que des demandeurs d'asile et des enfants soient détenus, les décisions les concernant devraient être prises en conformité avec la Charte ainsi qu'avec le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*<sup>27</sup> et la *Convention relative aux droits de l'enfant*<sup>28</sup>.

Certes, il est dans l'intérêt public de détenir une personne qui se dérobera vraisemblablement à la procédure d'immigration dont elle doit faire l'objet mais, de toute évidence, l'intérêt public pèse plus lourd dans la balance lorsque la personne constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique. C'est d'ailleurs ce dernier motif qui permet, dans la plupart des cas, de justifier la détention de longue durée. En conséquence, il convient d'examiner la notion de menace pour la sécurité publique.

## A. LA DÉTENTION DE LONGUE DURÉE

Les arbitres doivent également tenir compte du droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte. Dans l'arrêt *Sahin*<sup>23</sup>, la Section de première instance de la Cour fédérale s'est exprimée ainsi : « [...] il est manifeste que l'arbitre doit tenir compte de l'article 7 de la Charte lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire qu'il tient de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*. » Dans cette affaire, la Cour a énoncé quatre facteurs qui doivent être pris en considération par les arbitres lorsqu'ils déterminent si la prolongation de la garde est conforme aux principes de justice fondamentale ainsi que l'exige l'article 7 de la Charte.

1. Une longue détention est d'autant justifiable que l'intéressé est considéré comme une menace pour la sécurité publique<sup>24</sup>.

2. Le temps pendant lequel l'intéressé a déjà été détenu et le temps pendant lequel sa détention sera vraisemblablement prolongée, ou encore l'impossibilité de prévoir la durée de la détention sont des facteurs qui devraient favoriser la mise en liberté de l'intéressé.

3. Les retards non motivés ou même le manque de diligence sans raison doivent jouer contre la partie qui en est responsable.

4. La disponibilité, l'efficacité et l'opportunité de solutions de rechange à la détention doivent être examinées.

## A. LA DÉTENTION DE LONGUE DURÉE

Lors de la révision des motifs de détention, les propositions suivantes devraient guider les arbitres :

- Lorsque la personne est détenue en vue de son renvoi, la question de savoir si celui-ci sera exécuté dans un avenir prévisible est pertinente<sup>18</sup>.

- Chaque révision des motifs de la détention constitue une audience *de novo*. Le ministre doit, à chaque audience, démontrer l'existence de motifs justifiant la prolongation de la détention<sup>19</sup>. Cependant, l'intéressé a la responsabilité de démontrer que sa détention ne devrait pas être prolongée, tout particulièrement s'il n'y a aucun fait nouveau<sup>20</sup>.

- La décision de l'arbitre doit être fondée sur sa propre analyse et sa propre évaluation des faits de l'espèce et pas seulement sur la décision antérieure d'un collègue (celle-ci pouvant néanmoins être prise en compte)<sup>21</sup> ou d'une autre instance décisionnelle<sup>22</sup>.

En conséquence, face à une détention qui se prolonge, les arbitres doivent examiner les deux critères qui pourraient justifier la détention, tels qu'ils sont énoncés dans la *Loi sur l'immigration*. Ils ne peuvent cependant s'y limiter. Lors de chaque révision des motifs de détention, ils doivent examiner les raisons pour lesquelles le renvoi n'a pas encore été exécuté, évaluer, selon les problèmes cernés, si le renvoi pourra être exécuté dans un délai raisonnable et déterminer, selon la prépondérance des probabilités, si la durée de la détention est raisonnable eu égard aux circonstances particulières de l'espèce.

## A. LA DÉTENTION DE LONGUE DURÉE

Un empêchement d'ordre juridique à l'exécution du renvoi ne rend pas la mesure inexécutable<sup>14</sup>. Cependant, si la détention se prolonge indéfiniment, il y a lieu de se pencher sur le **caractère raisonnable du délai**, afin de s'assurer qu'il ne s'agit pas d'une « détention de durée indéterminée »<sup>15</sup>, laquelle constituerait une privation du droit à la liberté qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Il n'en demeure pas moins que, dans la majorité des cas de détention de longue durée, l'exécution de la mesure de renvoi est retardée, malgré l'absence d'empêchements d'ordre juridique. Cette situation s'explique principalement par les difficultés que rencontrent les autorités de l'immigration à établir l'identité de la personne sous garde et à obtenir la collaboration du pays où le renvoi sera effectué.

Lorsqu'il n'y a pas d'empêchements d'ordre juridique à l'exécution de la mesure de renvoi, il importe d'autant plus d'évaluer le **caractère raisonnable du délai**. Pour ce faire, l'arbitre devrait s'enquérir auprès du représentant du ministre des motifs pour lesquels le renvoi n'a pas été exécuté, puisque ce dernier doit démontrer qu'il agit avec diligence en vue d'exécuter le renvoi<sup>16</sup>. Selon la nature des entraves à l'exécution de la mesure de renvoi, il peut demander au représentant du ministre de faire une évaluation approximative du temps nécessaire pour régler les problèmes. L'arbitre sera alors plus en mesure de prévoir la durée approximative de la détention<sup>17</sup>.

## A. LA DÉTENTION DE LONGUE DURÉE

En matière d'immigration, il est possible de déténir une personne pour interrogatoire, enquête ou renvoi<sup>6</sup>. Par conséquent, la détention n'est pas de nature punitive, mais bien préventive. De plus, le législateur a prévu la révision des motifs de détention à des intervalles réguliers sans pour autant limiter la période totale de détention. Certains principes généraux découlant de la jurisprudence devraient néanmoins guider les arbitres :

- La détention est une mesure restrictive extraordinaire dans notre société<sup>7</sup>.
- Même si la *Loi sur l'immigration* ne limite pas la durée totale de la détention, il y a des restrictions implicites au pouvoir de détention<sup>8</sup>.

- La détention pour une durée raisonnable, en regard aux circonstances particulières de l'espèce, est la norme applicable à la prolongation de la détention<sup>9</sup>.

- Le droit garanti par l'article 7 de la Charte<sup>10</sup> fait en sorte que la prolongation de la détention doit être conforme aux principes de justice fondamentale<sup>11</sup>.

Souvent, les personnes dont la détention se prolonge sont sous le coup d'une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel. Le prolongement de la garde n'est alors justifié que si la mesure de renvoi peut être exécutée dans un délai raisonnable.

Le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration est responsable d'exécuter la mesure de renvoi le plus rapidement possible<sup>12</sup>. Néanmoins, l'exécution de la mesure de renvoi peut être retardée par des empêchements d'ordre juridique<sup>13</sup>, tels qu'un sursis d'exécution.

## QUATRIÈME SÉRIE DE DIRECTIVES

### Directives sur la détention

En droit canadien<sup>1</sup>, la détention préventive constitue une mesure exceptionnelle. Ce principe général découle de la législation et de la jurisprudence et est consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>2</sup> (ci-après la « Charte »). Ce principe est également appliqué en droit international<sup>3</sup>, notamment dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Protocol facultatif*.

En matière d'immigration, le législateur a énoncé les deux principaux motifs justifiant la détention d'une personne<sup>4</sup> :

1. Elle constitue vraisemblablement une menace pour la sécurité publique.

2. Elle se dérobera vraisemblablement à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi dont elle doit faire l'objet.

Les arbitres sont investis du pouvoir d'ordonner la détention ou le prolongement de celle-ci. Ils peuvent également ordonner la mise en liberté d'une personne aux conditions qu'ils jugent indiquées, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution<sup>5</sup>.

Afin d'aider les arbitres à atteindre une plus grande cohérence dans l'exercice de leur compétence et, par le fait même, une plus grande équité, les éléments suivants sont examinés dans les présentes directives :

- a) la détention de longue durée;
- b) la notion de « menace pour la sécurité publique »;
- c) les solutions de rechange à la détention;
- d) la preuve et la procédure.

DIRECTIVES DONNÉES  
PAR LA PRÉSIDENTE  
EN APPLICATION DU PARAGRAPHE 65(4)  
DE LA  
LOI SUR L'IMMIGRATION

## Directives sur la détention



Commission de l'immigration et du statut de réfugié  
Ottawa (Canada)

Entrée en vigueur : le 12 mars 1998

## Les directives de la présidente

En 1993, le législateur a conféré à la présidente le pouvoir législatif de donner des directives afin d'assister les décideurs dans l'exécution de leurs fonctions prévues par la *Loi sur l'immigration*. Les directives servent à favoriser le traitement cohérent et équitable des cas entendus par la CISR.

Bien qu'elles ne soient pas d'application obligatoire, les directives recommandent l'approche à adopter lors de l'examen de questions complexes d'importance nationale, qui comportent des éléments nouveaux ou permettent de régler un point de droit ambigu. Les directives reflètent les tendances relevées dans la jurisprudence et sont élaborées après de vastes consultations internes et externes.

## *Directives sur la détention*

### **Document d'information**

Le 12 mars 1998, la présidente de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) a diffusé les *Directives sur la détention*.

### **Qu'est-ce qu'un arbitre?**

Les arbitres sont des décideurs indépendants. À la demande du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (CIC), ils tiennent des enquêtes en matière d'immigration et effectuent la révision des motifs de détention relativement à des personnes qui pourraient ne pas être admissibles au Canada ou qui pourraient en être renvoyées. Les arbitres sont des fonctionnaires nommés conformément à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*.

Aux termes de la *Loi sur l'immigration*, les arbitres peuvent ordonner la mise en détention d'une personne s'ils estiment que celle-ci constitue une menace pour la sécurité publique ou se dérobera vraisemblablement à l'interrogatoire, à l'enquête ou au renvoi. Suivant la mise en détention d'une personne par CIC, il y a révision des motifs de sa détention par un arbitre dans les quarante-huit heures, puis au moins une fois dans la période de sept jours qui suit et au moins tous les trente jours par la suite.

Lorsqu'ils effectuent la révision des motifs de détention, les arbitres peuvent ordonner la mise en liberté de la personne détenue aux conditions qu'ils jugent indiquées, notamment la fourniture d'une cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution.

Lors de la prise de décision, les arbitres doivent mettre en balance la nécessité de protéger la santé, la sécurité et l'ordre public au Canada, d'une part, et le principe suivant lequel la détention est une mesure restrictive extraordinaire dans notre société, d'autre part.

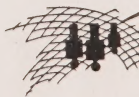
### **La Section d'arbitrage**

La CISR comprend trois sections : la Section du statut de réfugié, la Section d'appel de l'immigration et la Section d'arbitrage. Il y a 38 arbitres à la Section d'arbitrage. En 1996-1997, la Section d'arbitrage a rendu 16 110 décisions à la suite de 6 754 enquêtes en matière d'immigration et de 9 356 révisions des motifs de détention. Les décisions rendues par les arbitres peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, qui n'a annulé que 0,05 % de toutes les décisions rendues par les arbitres au cours de cet exercice.



# COMMUNIQUÉ

La Commission de l'immigration  
et du statut de réfugié  
Refugee Board



POUR DIFFUSION IMMÉDIATE

98-01

OTTAWA, le 12 mars 1998 – Nurgéhan Mawani, présidente de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), a diffusé aujourd'hui les *Directives sur la détention*.

Chaque année, les arbitres rendent plus de 9 000 décisions en matière de détention. À l'heure actuelle, la *Loi sur l'immigration* leur donne le pouvoir d'ordonner la détention ou la prolongation de la détention d'une personne. Les arbitres peuvent également ordonner la mise en liberté de la personne détenue aux conditions qu'ils jugent indiquées.

Les *Directives* diffusées aujourd'hui par la présidente portent sur les sujets suivants : la détention de longue durée, la notion de « menace pour la sécurité publique », les solutions de rechange à la détention ainsi que la preuve et la procédure. Elles contribueront à accroître la transparence du processus de prise de décision lors de la révision des motifs de détention. De plus, elles aideront les personnes détenues, leur conseil et les membres du public à mieux comprendre le travail de la Section d'arbitrage.

« Nous à la CISR reconnaissons que les décisions que nous rendons doivent mettre en balance la nécessité de protéger la santé, la sécurité et l'ordre public au Canada, d'une part, et le principe suivant lequel la détention est une mesure restrictive extraordinaire dans notre société, d'autre part », a affirmé Mme Mawani. « Je diffuse ces directives aujourd'hui pour aider les arbitres partout au pays à rendre, simplement, rapidement et équitablement, des décisions de qualité supérieure en matière de détention », a-t-elle ajouté.

C'est la quatrième fois que la présidente diffuse des directives. Les *Directives concernant les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* ont été données en 1993, puis mises à jour en novembre 1996. Les *Directives sur les civils non combattants qui craignent d'être persécutés dans des situations de guerre civile* ont été diffusées en mars 1996, et les *Directives sur les enfants qui revendiquent le statut de réfugié*, en août 1996.

- 30 -

Renseignements : Michel Meunier, directeur, Arbitrage (514) 496-2845  
John Cotreau, agent des affaires publiques (613) 947-0803

Site Internet de la CISR : [www.cisr.gc.ca](http://www.cisr.gc.ca)

Canada





Oxford (3)  
60134111 10%  
1001000000